

EL CRIMEN ORGANIZADO

BIBLIOTECA DE ESTUDIOS PENALES

Consejo académico

Enrique Bacigalupo (Madrid)
Andrea Castaldo (Salerno)
Mireille Delmas-Marty (París)
Günther Jakobs (Bonn)
Sergio Moccia (Napoles)
Francesco Palazzo (Firenze)
Gustavo Pansini (Roma)
Claus Roxin (München)
Jesús María Silva Sánchez (Barcelona)
Filippo Sgubbi (Bologna)

Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral

Guillermo Jorge Yacobucci

Departamento de Derecho Penal



UNIVERSIDAD AUSTRAL

GUILLERMO J. YACOBUCCI

Coordinador

El crimen organizado

*Desafíos y perspectivas en el marco
de la globalización*

Estudios realizados por los autores

GABRIEL ADRIASOLA • BELÉN CASSANI

ANDREA CASTALDO • RAÚL CERVINI

LUIZ FLAVIO GOMES • MARIONA LLOBET ANGLÍ

PIERO L. VIGNA • GUILLERMO J. YACOBUCCI



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES



Galardón otorgado a esta editorial, 1998



EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 6º - Ciudad de Buenos Aires
info@abacoeditorial.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N. 950-569-236-6

Impreso en abril de 2005

Verlap S.A. Producciones Gráficas
Comandante Spurr 653, Avellaneda
(Prov. de Buenos Aires)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

P R E S E N T A C I Ó N

A fines de la década de los años noventa tuvo lugar el llamado "Proyecto Alfa sobre derecho penal económico", sostenido por la Comunidad Europea, que reunió a profesores europeos y latinoamericanos y cuyo último tramo se desarrolló en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), bajo la coordinación del profesor Jesús Silva Sánchez. A partir de ese momento y de manera independiente de aquel proyecto, quedó formada una red internacional de investigadores provenientes de distintos países, que asumieron el estudio en particular de la delincuencia organizada y la criminalidad económica.

Varias universidades de Europa y de América del Sur, institutos y organismos internacionales han prestado un apoyo significativo para la realización continuada de esas tareas. En especial, debe destacarse el compromiso institucional constante de la Universidad de Salerno (Italia), la Universidad Austral (Argentina), el ICEPS (International Center of Economic Penal Studies), la Facultad y el Instituto Damasio de Jesús (Brasil) y la Procura Nazionale Antimafia (Italia).

En ese esfuerzo también han tomado parte significativa entre otros, la Universidad de Urbino (Italia), las autoridades de la República de San Marino, de la Provincia de Salerno y el Consiglio dell'Ordine degli Avocati (Nápoles).

Sin embargo, la permanencia durante tantos años de esta labor común se explica sobre todo gracias a los vínculos de tipo personal nacidos entre los participantes, que han permitido el intercambio de ideas y experiencias, el confronte de

la legislación y la jurisprudencia comparada y el debate académico en distintas sedes.

Este libro recoge una parte de las investigaciones llevadas a cabo por un grupo de esos profesores y expertos europeos y latinoamericanos sobre la criminalidad organizada. La finalidad de la obra es presentar al lector una primera aproximación a este fenómeno, desde perspectivas diferentes, tanto en lo que se refiere al enfoque como a la temática. A través de los capítulos podrá encontrarse con análisis que, a pesar de su fundamentación teórica —relevante para la discusión académica—, se ordenan a la praxis, en particular de abogados, funcionarios, legisladores, magistrados y agentes económicos y financieros.

Los estudios integrados a este volumen responden a tres niveles de interés primordial, asumidas en el marco común de la globalización que otorga una nueva dinámica a la configuración del delito. El primero viene definido por la cuestión político criminal, donde se asume la discusión sobre el significado del derecho penal frente a los fenómenos de la criminalidad organizada y el terrorismo, que representan de manera radicalizada la transnacionalidad del ilícito. El segundo aspecto se dirige al estudio de los instrumentos de investigación y de orden procesal con que usualmente se enfrenta esta criminalidad. Finalmente, el tercer ámbito de la cuestión está centrado en las características económicas y financieras de estos delitos. Como se advierte, esta publicación inicial —ya que otras le seguirán en el futuro—, si bien no puede agotar la temática del problema, no ha dejado de lado sus aristas más importantes. A pesar de que el abordaje escogido provee de información relevante a nivel comparado, se vale al mismo tiempo de criterios de marcada especialización en la temática. Repárese que algunos de los intervinientes son expertos en las cuestiones que presentan y tienen una dilatada experiencia en la materia. Se trata en la mayoría de los casos de magistrados, funcionarios y catedráticos que aportan su visión

peculiar, a los que se suman los trabajos de dos jóvenes investigadoras de la cuestión.

Es por eso que el lector encontrará tanto algunos planteos de fuerte contenido crítico como otros que reconocen la necesidad y justificación de los instrumentos utilizados frente a estas formas de criminalidad. Esta red de estudiosos, investigadores y expertos es sobre todo un ámbito abierto a la discusión y el debate, dentro de un marco de respeto personal y mutuo reconocimiento científico. En fin, su labor, que tiene ya una reconocida continuidad a nivel internacional, está guiada por aquellos principios que hacen posible la búsqueda en común de lo verdadero, bueno, justo y útil. De esto se trata, en última instancia, cuando los hombres discuten en torno a la resolución de conflictos que afectan la convivencia que, en nuestro tiempo, ha pasado a tener una perspectiva global.

GUILLERMO J. YACOBUCCI

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	7
--------------------	---

PARTE PRIMERA

EL DERECHO PENAL FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

CAPÍTULO PRIMERO

POLÍTICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

Por GUILLERMO J. YACOBUCCI

1. Buscando el significado de la política criminal	25
a) Acerca de la naturaleza de la política criminal ..	25
b) Política criminal y derecho penal. El problema de la validez de la decisión punitiva	33
2. Los criterios de política criminal en la determinación del ilícito penal	40
a) Los principios generales que regulan la selección del ilícito penal	40
b) La tutela de bienes jurídicos como regla de selección de los ilícitos penales. La cuestión en el delito organizado	50
3. Los criterios de determinación del crimen organizado	55
4. Un derecho penal con garantías diferenciadas	60
5. El derecho penal del enemigo	63
6. Lineamientos de la política criminal frente al crimen organizado	69

CAPÍTULO II

LOS TIPOS PENALES RELACIONADOS CON EL CRIMEN ORGANIZADO

Por GUILLERMO J. YACOBUCCI

7. El problema	73
8. Algunos cambios en el derecho penal tradicional que influyen en la cuestión	78
9. Algunos cambios en la dogmática tradicional y su influencia en los tipos penales del crimen organizado .	83
a) Tipicidad, bien jurídico y comportamiento externo	84
b) Tipicidad y valoración	90
10. Criterios de identificación de una organización criminal	94
a) El número de personas asociadas	95
1. La legislación europea	96
2. La legislación latinoamericana	98
b) Tipos penales de peligro abstracto	102
1. "Conspiracy" y asociación ilícita	103
2. La interpretación de los tipos asociativos	103
c) Estabilidad y permanencia temporal	106
d) Imputación del delito asociativo y de los delitos-fines hacia el interior de la organización	108
e) ¿Es posible una participación externa en la organización?	112
f) Finalidad asociativa ilícita	114
g) Carácter transnacional	116
h) Beneficio económico	118
i) Corrupción política	121
11. Una breve conclusión sobre la cuestión	122

CAPÍTULO III

LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Por MARIONA LLOBET ANGLÍ

12. Introducción	125
------------------------	-----

13. Concepto de terrorismo	127
14. Conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista	129
a) Banda armada terrorista	129
1. Elementos estructurales	129
2. Elemento teleológico de alteración del orden constitucional o la paz pública	130
b) Organización terrorista o grupo terrorista	131
15. Sujetos activos	132
16. Conductas típicas de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	133
a) Estragos o incendios tipificados en los artículos 346 y 351 del Código Penal	134
1. Delito de estragos	134
2. Delito de incendio	135
b) Homicidio o asesinato	135
c) Lesiones agravadas. Secuestro	136
d) Cualquier otro delito de lesiones, detenciones ilegales, amenazas o coacciones	136
e) Depósito de armas o municiones. Tenencia, depósito, fabricación, tráfico, suministro y otros empleos de sustancias o aparatos con poder destructivo por parte de miembros de grupos terroristas	137
f) Otros delitos que subviertan el orden constitucional o alteren gravemente la paz pública	138
17. Colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas	139
a) Colaboración con una banda armada consistente en la realización de un delito patrimonial	139
b) Tipos de colaboración con una banda armada	142
c) Colaboración con una banda armada por parte de autoridad o funcionario público	147
18. El terrorista individual o aislado	148
19. Exaltación del terrorismo y actos preparatorios punibles	151
20. Los terroristas arrepentidos	152
21. Reincidencia internacional	153
22. Delitos de terrorismo y "derecho penal del enemigo".	154

PARTE SEGUNDA

LOS SISTEMAS PROCESALES FRENTE AL CRIMEN
ORGANIZADO

CAPÍTULO IV

LA PREVENCIÓN E INVESTIGACIÓN DEL CRIMEN
ORGANIZADO

La experiencia italiana

Por PIERO L. VIGNA

- 23. La organización de la Dirección Nacional Antimafia . 159
 - a) Los orígenes de la Dirección Nacional Antimafia . 159
 - b) Funciones y estructura de la Dirección Nacional Antimafia 162
 - c) Las actividades de la Dirección Nacional Antimafia en el ámbito internacional 169
 - d) Apuntes para un análisis del delito de asociación de tipo mafioso 176

CAPÍTULO V

NUEVOS INSTITUTOS PROCESALES CONTRA
EL CRIMEN ORGANIZADO

Por PIERO L. VIGNA

- 24. El colaborador de la Justicia y la protección de testigos 179
 - a) El debate legislativo 179
 - b) La protección de los testigos 180
 - c) Las declaraciones de los colaboradores: autenticidad, tempestividad, completitud y atendibilidad 183
 - d) Los delitos a los que deben referirse los actos de colaboración. Las distintas medidas de protección 187
- 25. La confiscación de bienes 189
- 26. La libertad personal de los colaboradores 189
- 27. Conclusiones 191

28. La utilidad procesal de los colaboradores de la Justicia	191
29. La documentación de la colaboración	198
30. El colaborador, ¿testigo o imputado?	200
31. Las consecuencias jurídicas de la colaboración	202
32. La actividad de la defensa frente al colaborador	204

CAPÍTULO VI

OPERACIONES ENCUBIERTAS Y ENTREGAS CONTROLADAS

Por PIERO L. VIGNA

33. Aspectos distintivos de la moderna criminalidad organizada	209
34. La legislación italiana en operaciones encubiertas y bajo control	211
a) La compra simulada de droga	212
b) El lavado simulado y la simulada recepción de armas	213
c) Explotación sexual de menores	214
d) Las consignas bajo control en materia de tráfico de estupefacientes	217
e) Las consignas supervisadas en materia de secuestro extorsivo de personas	218
f) Las consignas bajo control en materia de extorsión, usura y lavado	219
35. Nuevas exigencias normativas en las operaciones encubiertas y bajo control	220
36. La necesidad de armonización legislativa en el ámbito internacional	221

CAPÍTULO VII

LA COOPERACIÓN JUDICIAL FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

Por PIERO L. VIGNA

37. El carácter transnacional del crimen organizado	223
38. La cooperación judicial internacional	229
39. La Convención de Palermo	235

CAPÍTULO VIII

AGENTES ENCUBIERTOS E INFORMANTES COMO
 MEDIOS DE PRUEBA CONTRA
 EL CRIMEN ORGANIZADO

Un análisis desde la jurisprudencia
 de derechos humanos

Por BELÉN CASSANI

40. Introducción al problema	237
41. La jurisprudencia europea sobre la cuestión	241
a) Caso "Teixeira de Castro"	241
b) Caso "Edwards and Lewis v. The United Kingdom Judgment"	244
c) Caso "Van Mechelen y otros v. The Netherlands" ..	250
d) Caso "Atlan v. The United Kingdom Judgment" ..	255
e) Caso "Visser v. The Netherlands"	257
f) Caso "Kostovski"	259
g) Caso "Biruthis y otros c/Lituania"	263
h) Caso "Doorson v. The Netherlands"	264
42. Una breve conclusión sobre el estado de la cuestión .	266

PARTE TERCERA

LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LA CRIMINALIDAD
 ORGANIZADA

CAPÍTULO IX

UNA INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Por ANDREA CASTALDO

43. La criminalidad organizada	271
a) Las razones socioeconómicas de su existencia	272
b) La relación entre crimen organizado y criminalidad económica	274
44. La internacionalización	275
a) Las estrategias de lucha	275
b) La respuesta legislativa a la criminalidad organizada	276
45. El ejemplo de la ley de lavado de activos	277
a) La erosión del principio "nemo tenetur se detegere" 277	

b) El derecho penal del sospechoso y la dilación	278
c) Los límites de la estrategia	278
d) La expansión de la esfera de tipicidad (objetiva y subjetiva)	280
e) La extensión de las operaciones sospechosas	280
46. El incremento de los delitos	281
47. La derivación de la legislación supranacional	282
48. La necesaria verificación empírica sobre la eficacia del modelo	283
49. ¿Se puede pensar en soluciones? La contribución del análisis económico	284

CAPÍTULO X

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y MERCADO
ECONÓMICO-FINANCIERO

Por ANDREA CASTALDO

50. Modelos de represión de la criminalidad organizada en Europa	287
51. La criminalidad organizada económica	288
a) Las interferencias con el mercado. La criminalidad económica	288
b) La internacionalización	289
52. Estrategias de lucha	290
a) El ordenamiento italiano	290
1. La criminalidad organizada y el terrorismo ...	290
2. El Código Penal y la legislación de emergencia	291
b) El paquete de medidas contra el nuevo "terrorismo globalizado"	292
1. La estrategia de lucha contra el terrorismo desde el punto de vista financiero	292
i) Las medidas antitalibanes	292
ii) El Comité de Seguridad Financiera	293
2. Los nuevos tipos penales	294
i) La criminalidad organizada con fines de te- rrorismo internacional	294
ii) Otras novedades del decreto 374/01	295
i) Agravante para el terrorismo internacio- nal	295
ii) Duración máxima de las investigaciones preliminares	295

iii)	Arresto obligatorio en flagrancia	295
iv)	Autorización para interceptaciones y registros	295
v)	Actividades encubiertas	296
vi)	Interceptaciones preventivas	296
vii)	Medidas de prevención	297
viii)	Las pruebas	297
c)	La Unión Europea	297
d)	Un nuevo paradigma en la criminología	300
1.	La teoría económica neoclásica	301
2.	La teoría de los juegos	302
3.	La teoría de los juegos y el lavado de dinero .	303
4.	Los aspectos críticos del criterio económico en el estudio del derecho	305

CAPÍTULO XI

ESTUDIO COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN URUGUAYA
Y ARGENTINA SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

Por GABRIEL ADRIASOLA

53.	La expansión del elenco de delitos antecedentes del lavado de activos en la ley uruguaya	307
54.	Delitos antecedentes en la nueva ley	310
a)	El terrorismo	310
b)	El contrabando de más de 20.000 dólares	311
c)	Tráfico ilícito de armas, municiones o material destinado a su producción	311
d)	Tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños	312
e)	Extorsión, secuestro y proxenetismo	312
f)	Tráfico ilícito de sustancias nucleares, obras de arte, animales, materiales tóxicos, órganos, tejidos o medicamentos	312
g)	La eliminación de la referencia a cualquier delito de crimen organizado	313
h)	La problemática del fraude corporativo como delito antecedente del lavado de dinero	313
55.	Comparación entre el sistema uruguayo y la legislación argentina	318
56.	Consagración del principio de doble identidad para la aplicación de la ley	325
57.	Las cargas de vigilancia	326

58. Evolución de la nómina de sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas en la Argentina y el Uruguay. Los profesionales universitarios	330
59. Breve conclusión	341

CAPÍTULO XII

EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO
PENAL BRASILEÑO

Por LUIZ FLAVIO GOMES

60. Introducción	343
61. Conceptos y aspectos criminológicos y político-criminales del tema	344
a) Lavado de capitales y globalización	344
b) Origen normativo de la materia	345
c) Dinero "sucio" versus dinero "negro". Injustificable discriminación	346
62. El lavado de dinero: concepto y fases del proceso ...	346
63. Razones para el incremento mundial del lavado de capitales	348
64. La impunidad como característica criminológica irrefutable	348
65. Infracciones penales y responsabilidad penal	350
a) Justificación de la criminalización, bien jurídico y principio de la ofensividad	350
b) Las infracciones penales en la legislación brasileña	351
c) Tentativa de crimen	353
d) Causas del aumento de pena	353
e) Régimen de recompensa y colaborador de la Justicia. Reducción de la pena, régimen abierto, perdón judicial y sustitución de la prisión	354
66. Reglas procesales y debido proceso legal	354
a) Texto legal	354
b) Procedimiento	356
c) Competencia	356
d) Principio de la autonomía e independencia del proceso penal	356
e) Denuncia	357
f) Autonomía de la penalidad	357

g) Inaplicabilidad del artículo 366 del Código Procesal Penal	357
h) Prohibición de la fianza	358
i) Prohibición de la libertad provisoria	358
j) Derecho de apelar en libertad	359
k) Apropriación judicial y secuestro de bienes	359
l) Liberación "anticipada" de los bienes, derechos y valores asegurados	359
m) Prórroga de las medidas cautelares	361
67. Administración de los bienes secuestrados o embargados	361
68. Efectos secundarios de la condena penal	362
69. Crímenes cometidos en el extranjero. Disciplina jurídica y destino de los bienes	362
70. Responsabilidad administrativa	363
a) ¿Quién está sujeto a la responsabilidad administrativa?	363
b) Obligaciones administrativas. Incumplimiento y sanciones	364
71. El Consejo de Control de Actividades Financieras ...	368
72. Operaciones dudosas comunicadas al COAF	369
73. Investigaciones y procesos en marcha	369
74. Normas legales y profesionales para prevenir el lavado de activos adoptadas en América Latina	370

CAPÍTULO XIII

LA NORMATIVA ITALIANA ANTILAVADO

Por ANDREA CASTALDO

75. Las reglas de comportamiento para bancos e intermediarios	375
a) Las fuentes	375
b) La obligación de informar como instrumento esencial para enfrentar el lavado de dinero	377
c) Las obligaciones impuestas a los intermediarios ..	378
76. La obligación de señalación de las operaciones "sospechosas"	382
77. Suspensión de las operaciones	385
78. Resarcimiento de los daños a la clientela	389

CAPÍTULO XIV

LOS FILTROS SISTÉMICOS DEL CRIMEN ORGANIZADO
EN MATERIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

Por RAÚL CERVINI

79. Análisis clínico	395
a) Nivel de la "amenaza"	396
b) Estudio de la variable "agresividad"	398
c) El estudio de la red	398
d) Vulnerabilidad	400
e) Filtros estructurales de naturaleza económica	400
f) Filtros estructurales de naturaleza social	402
80. Filtros sistémicos de tipo operativo	403
81. Abuso de la posición dominante	408
a) El abuso de poder	409
b) La especialización profesional	410
c) La especulación financiera transnacional	412
d) La combinación de factores de poder	416
82. Apariencia de legalidad y redes ilícitas	416
83. Metodología apropiada para abordar estos fenómenos	419
a) Análisis clínico-sintomatológico de la macrocrimi-	
lidad económica	419
b) Análisis tomográfico de los mecanismos económicos	420
84. Sobre la trascendencia del criterio metodológico	426
a) La complementación de metodologías	426
b) Necesidad de un nuevo enfoque doctrinario	427
85. Sugerencias sobre la forma de abordar la tipificación	
de los actuales macodelitos económicos organizados .	434
a) Necesidad de una metodología apropiada	434
b) A modo de síntesis	435
BIBLIOGRAFÍA	439

PARTE PRIMERA
EL DERECHO PENAL FRENTE
AL CRIMEN ORGANIZADO

CAPÍTULO PRIMERO

POLÍTICA CRIMINAL Y DELINCUENCIA
ORGANIZADA*

§ 1. BUSCANDO EL SIGNIFICADO DE LA POLÍTICA CRIMINAL. —
a) *ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA POLÍTICA CRIMINAL*: En esta obra, como ya se adelantó, se pretende mostrar algunos de los principales desafíos que plantea el denominado “crimen organizado” a las decisiones legislativas, judiciales y científicas, supuesto el fenómeno de la globalización. Como todo concepto elaborado con la finalidad de facilitar la comprensión de fenómenos que presentan características nuevas¹, proteicas,

* Por GUILLERMO J. YACOBUCCI. Doctor en Ciencia Jurídica. Profesor titular de Derecho Penal I y director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral. Profesor titular de Derecho Penal I en la Universidad Católica Argentina. Profesor adjunto ordinario de Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Juez de Cámara Tribunal Oral en lo Criminal.

¹ La calificación de “novedad” referida al concepto de crimen organizado hace necesaria cierta diferenciación con las ideas históricas sobre el fenómeno criminal asociativo que quizás puedan extenderse hasta la antigua Roma. Lo que se quiere significar con este adjetivo es lo novedoso de la modalidad antes que de la propia constitución del fenómeno. Este tema criminal se expresaba en la antigüedad bajo el término *conventiculum*, para referirse a los bandoleros que asolaban los caminos y poblaciones. CARRARA hablaba en su “Programa” de estas cuestiones y la noción de bandolerismo es usual en la lengua castellana. El Código Penal Toscano de 1853 y el Francés de 1810 se refieren igualmente a las asociaciones ilícitas. Luigi ROVITO sitúa la cuestión itálica en el Renacimiento tardío, donde la banda de ladrones, conocida en Europa, adquiere cierta peculiaridad. El “banditismo” supone vínculos con el poder y la intriga internacional. El uso político que el poder, especialmente monárquico, le dio al concepto de bandido es puesto de manifiesto por ROVITO a través de la cita de Bartolo: “*hostis patriae*”, “*rebellis reipublicae*”. A nuestro modo de ver, puede entenderse así el porqué del concepto de enemigo —*hostis*— con el que JAKOBS en nuestros días se aproxima a la cuestión. Es más, *penditismo*, mera sospecha, derecho penal de

en fin, difíciles de aprehender de manera inmediata, la noción de “crimen organizado” envuelve una pluralidad de aspectos que no se acomodan fácilmente a los criterios dominantes en materia penal. Por eso las dudas sobre sus fundamentos, sobre su propia capacidad de rendimiento como concepto explicativo y, a la vez, sobre las formas que deben adoptar las decisiones legales a su respecto. En ese campo, el primer aspecto que se debe considerar es el de la política criminal, es decir, el de la actividad del Estado ordenada a enfrentar determinados comportamientos o situaciones –las de la denominada “criminalidad organizada”– que no responden aparentemente a los cánones habituales del delito “común”.

Esos problemas, sin embargo, deben estudiarse mostrando al menos de manera general cuál es la naturaleza que se le atribuye a la propia política criminal, en especial sus finalidades y relaciones con el derecho penal. Solo a partir de esto es posible iniciar la consideración de este fenómeno de criminalidad y evaluar su aptitud para ser asumido como concepto propio del saber penal. Por eso, en estos estudios, el primer paso tiene por objeto señalar la discusión sobre la finalidad de la decisión política en materia penal y su metodología de desenvolvimiento. Dicho de otro modo, es necesario saber qué se pretende con las decisiones políticas –sobre todo en el plano legislativo– cuando se utiliza el instrumento penal para enfrentar algún problema. Con esto definido o al menos esbozado, será posible interrogarse acerca de lo que se busca con la formulación de un concepto como el de “crimen orga-

autor, en fin, las características de la lucha actual contra la criminalidad organizada ya están presentes en la historia de siglos pasados (Cfr. ROVITO, Pier L., “Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici”, en la obra conjunta, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura de Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999). En fin, la novedad de la criminalidad organizada viene dada por su adecuación a un nuevo orden político, económico y jurídico que es propio de nuestro tiempo y que hace del fenómeno una realidad más extendida, intensiva y peligrosa que la históricamente contemplada. El bandolerismo ponía en crisis la autoridad política en las zonas apartadas, mientras que lo que hoy se pretende abarcar con esta noción de crimen organizado es algo más que una mera asociación delincuencial que afecta el patrimonio y la seguridad individual. Esto, de todas formas, no es un obstáculo para reconocer en el concepto actual una carga político-simbólica que le da una perspectiva diferenciada, más allá de todo correlato o explicación histórico-criminológica.

nizado”, a partir del cual se elaboran respuestas de contraste, selección de medios de “lucha” y adopción de instrumentos de excepción.

La validación científica del concepto de política criminal es atribuible históricamente a la modernidad y quizás, de forma más precisa, si se pretende una ubicación claramente diferenciada de la noción de dogmática penal, al pensamiento de VON LISZT². Esto no anula que el pensamiento positivista en general considerara antes aspectos reducibles a criterios de política contra el delito, ni tampoco permite olvidar, desde un análisis temático, la referencia a cuestiones de ese orden existentes en el pensamiento sociológico, especialmente de raíz weberiana, del siglo XIX³.

Por eso, es posible hablar de modelos diferenciados de política criminal atendiendo a singularidades históricas, formas culturales y presupuestos ideológicos. Esos contenidos, sin embargo, no hacen más que plantear distintas formas de racionalidad para enfocar un problema de claro contenido social, lo que ya desde un inicio puede definirse como conflicto. Actualmente, además, la cuestión está enmarcada por la globalización y los acuerdos internacionales. En nuestro medio, Carlos MAHIQUES ha llevado a cabo un trabajo de comprensión sobre el tema político-criminal a la luz del sistema de modelos de Delmas-Marty, poniendo de manifiesto las diversas lógicas que motorizan la distinción entre ellos⁴.

Puede decirse ya, desde esta escueta presentación, que el problema de la política criminal es el problema de la ra-

² Por todos vale el análisis de Jesús SILVA SÁNCHEZ en *Perspectivas de política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, y su coordinación de la obra *Política criminal y nuevo derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.

³ Ver como introducción sobre el tema el trabajo de Javier BUJAN, *Elementos de criminología en la realidad social*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, y en relación con el caso argentino la obra de Juan Félix MARTEAU, *Las palabras del orden*, Del Puerto, Buenos Aires. En ese estudio sugerente, crítico y provocador se presenta un análisis a partir del concepto de racionalidad política del proyecto originario de la modernidad nacional que encuentra en Alberdi el teórico general y en la obra de Tejedor el primer signo sobre la cuestión en materia penal. Una visión diferente sobre la racionalidad política, en mi obra *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

⁴ Sobre la cuestión, MAHIQUES, Carlos A., *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Di Plácido, Buenos Aires, 2002, en particular el capítulo 5.

cionalidad política frente a conflictos que aparentemente no pueden ser resueltos sin el compromiso de las herramientas coactivas y sancionadoras más intensivas de que se vale la organización estatal. De allí que a pesar de las características de modernidad que presenta el problema, e incluso de las obligadas referencias a la problemática actual del tema, resulte imprescindible ubicar el debate en términos de principios relacionados con los fines de la vida comunitaria, el poder y su justificación, que van más allá de los fenómenos históricos.

En la *Ética a Nicómaco*, ARISTÓTELES enseña que el bien de la ciudad, que sitúa como el bien más alto dentro de la vida terrena, es competencia de la ciencia que define como soberana y arquitectónica, es decir, la ciencia política. A ella están sujetos los demás saberes propios de la convivencia, ya que su cometido es determinar lo que debe hacerse o evitarse dentro de un marco de gran diversidad e incertidumbre. Por ese motivo lo propio de la política es elegir y ordenar adecuadamente los medios para la obtención de los fines pretendidos. Así, la tarea política es básicamente ejercicio de la prudencia; radicalmente hablando, imperio, lo que hoy llamaríamos "ejercicio del poder" o toma de decisiones que restan contingencia porque se imponen a los ciudadanos. Claro está que en la perspectiva de ARISTÓTELES, si bien la elección pertenece a la voluntad, supone siempre una deliberación previa. Dicho de otro modo, *la decisión política no es nunca puro voluntarismo o mero ejercicio del poder o la fuerza, sino exteriorización de una cierta racionalidad, fruto del análisis y la ponderación*. De hecho, el hombre prudente dentro del pensamiento clásico es el que delibera acertadamente sobre la elección de los medios adecuados al fin y es capaz de actuar de conformidad con ello. Para ARISTÓTELES la prudencia es imperativa, determina racionalmente lo mejor en cada caso; de allí que cuando se ejerce a través del poder político, encuentra en las leyes su instrumento fundamental. Las leyes, dice al final del texto, son como las obras de arte de la política⁵.

Desde un principio entonces debe recordarse una obviedad: *la política criminal es ejercicio de la política y por lo*

⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro I, 2, 1094 a-b; 4, 1095, en especial, Libro X, 9, 1180 a-1181b, edición bilingüe, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

tanto está atada a exigencias de racionalidad y proporción, en definitiva de legitimidad, en la búsqueda de sus fines. En nuestro tiempo esa racionalidad y legitimación vienen dadas por los principios jurídicos y las leyes concretas que se elaboran con la finalidad de enfrentar esos conflictos a nivel global. El tema abarca, pues, la selección de los conflictos mismos que ofrecen las características intensivas que ameritan una respuesta de política criminal y, dentro de ellos, cuáles han de ser merecedores de consecuencias penales. Esto último implica la difícil tarea de delinear los requisitos que hacen de un comportamiento –comisión u omisión– el fundamento de un injusto penal y al mismo tiempo la determinación concreta de las consecuencias –penas, medidas, reparación–. Uno y otro punto de análisis son objeto de la definición material del delito y de los requisitos legales de las sanciones. En cada uno de esos ámbitos se integran muchos de los capítulos centrales del debate de la ciencia penal.

A modo de ejemplo, puede citarse en el primer caso –presupuestos materiales del delito– la referencia de los comportamientos a bienes jurídicos –personales, macrosociales, difusos, etc.–, el sostenimiento de la identidad normativa de la sociedad, atendiendo a la significación comunicativa de los comportamientos en relación con las expectativas socio-jurídicas, e incluso el carácter simbólico de la tipificación de conductas.

En el segundo supuesto –aplicación de consecuencias penales–, se atenderá a cuestiones de prevención especial, criterios preventivos generales de coacción o, por el contrario, a privilegiar orientaciones preventivas generales de integración, reforzamiento de la conciencia jurídica de la sociedad, lo que en términos amplios se define como prevención general positiva.

Como es innegable, la noción de política criminal que habitualmente se utiliza lleva la impronta del pensamiento positivista de VON LISZT⁶. Esto implica que culturalmente se ha estereotipado el significado de la actividad estatal frente al delito con ciertas características propias de la etapa inicial de ese pensamiento. Si atendemos a ello, podemos ubicar en

⁶ Cfr. Jesús SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 15 y siguientes.

el centro del análisis a la idea de peligrosidad y congruente con esa importancia, identificar a las medidas de seguridad y a la prevención como instrumentos y objetivos político-criminales esenciales. En el concepto o idea de finalidad del derecho penal, conocido como su *Programa de Marburgo*, VON LISZT disputa con los criterios de BINDING, y tomando algunas ideas de VON IHERING, describe la importancia de vincular la reacción penal con las necesidades sociales basadas en la protección de bienes jurídicos. El semblante empírico de la respuesta penal es construido confrontando con las que denomina ideas “metafísicas” o “filosóficas”. Por eso cuando se plantea algunos de los interrogantes que habíamos mentado más arriba responde con una frase que permite entender su posición: “Quien quiera encontrar respuesta a esas preguntas en la metafísica es libre de hacerlo, pero no será esa mi consideración –de la pena–”. Lo que interesa, afirma VON LISZT, “es el hecho en sí mismo”. No por hostilidad a las explicaciones filosóficas –aclara– sino por falta de espacio en la reflexión que pretende de la ciencia penal. De allí que describa con pinceladas explicativas la evolución desde la pena como “respuesta instintiva”, ajena a juicios de valor, hasta el momento de lo que denomina “objetivación de la pena”. Es decir, la consideración de la respuesta punitiva en virtud de un fin que persigue.

En su argumentación, se trata de poner la respuesta instintiva al servicio de la finalidad social. El *Programa* describe teóricamente este proceso de significación social –objetivación– que en definitiva da nacimiento al derecho penal estructurado a través de la pena jurídica y la acción del Estado guiada por la voluntad y no por el instinto vengativo. La respuesta penal, en ese orden, es recta o justa, solo cuando es necesaria. El principio dice: “Solo la pena necesaria es justa”. Pero la idea de justicia, construida en este análisis desde una perspectiva positivista –biológica social– que la reduce a necesidad, ofrece varios problemas. De todos ellos, el que VON LISZT intenta responder primordialmente es el de la congruencia entre criterios resocializadores, intimidatorios e inocuizantes –neutralizadores– que parecen concurrir en paridad de significación dentro de la idea preventivo-especial de la pena que él escoge en el debate teórico, y el retribucionismo.

La disputa con Binding y, en el orden de las ideas de retribución, con Hegel y Fichte, lo ponen en su escrito ante una difícil disyuntiva para definir el contenido preventivo especial esencial de la respuesta penal. Por eso, en el capítulo IV, dedicado a la mensuración de la pena, desenvuelve su conocida clasificación de delincuentes irrecuperables, habituales y ocasionales, así como la finalidad que ha de perseguir la pena en cada caso⁷.

Más allá de las cuestiones puntuales que plantea el *Programa de Marburgo* sobre la pena y sus fundamentos, lo que deja ver la obra de VON LISZT —de interés para nuestro estudio— es la tensión existente entre los criterios o principios que legitiman —filosóficamente— la intervención penal del Estado y las exigencias empíricas de eficacia y control del delito. En este punto en particular, queda en el centro del debate qué es lo que se persigue con la identificación de comportamientos como delictivos y qué se busca con la aplicación de consecuencias jurídicas. Trasladado esto a nuestro tema, implica interrogarse sobre la validez del concepto “crimen organizado” y qué expectativa tiene el Estado cuando lo regula a través de la imposición de determinadas consecuencias —penas, medidas de seguridad, medidas pre-delictivas, de interdicción de bienes y patrimonios, criterios diferenciados de cumplimiento de penas, utilización de institutos premiales en el orden procesal y penitenciario, etc.—. Todo esto, además, ponderado dentro de la tensión dialéctica entre un concepto eficientista y otro de respeto a la racionalidad de la legalidad —garantías— que se integran en la decisión política frente al delito.

Por eso, SILVA SÁNCHEZ ha descripto la situación de la política criminal de los últimos treinta años como un retorno a VON LISZT, aunque no necesariamente a su pensamiento originario, sino reinterpretado por el paso de la historia y sus conflictos. En esa consideración, el maestro español indica la existencia de una política criminal donde se aprecian dos referencias relevantes: una de orden empírico, signada por la eficacia y otra de tipo valorativo, marcada por las garantías. Sin embargo, esos referentes se corresponden con dos racio-

⁷ VON LISZT, Franz, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, edición italiana a cargo de Alessandro Calvi (título original *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlin, 1905).

nalidades que paulatinamente han entrado en oposición. De allí que SILVA SÁNCHEZ advierta la progresiva disolución de esos ejes centrales en aras del surgimiento actual de un nuevo modo de ver la cuestión. Esta perspectiva, que denomina de “política criminal práctica”, asume que las garantías no son inconvencionales y que la finalidad resocializadora no es la única, ni la principal frente a determinados fenómenos donde lo relevante es la neutralización del peligro o el riesgo. El dilema, de claros tintes dialécticos, se presenta entonces entre una visión teórica de esa política, que debe incluir la problemática de la legitimación constitucional y los principios fundamentales y otro que se refiere a la praxis y que encierra criterios de eficacia en la “lucha contra el delito”⁸.

De esta forma, si pretendemos integrar aspectos de aptitud práctica con criterios de racionalidad legal, podemos entender, a los fines de este estudio, que *la política criminal, como concepto, expresa la estrategia de orden público, legal y legítimamente estructurada, para enfrentar situaciones de conflicto intenso que ponen en crisis la convivencia ordenada y pacífica*.

Dentro de la política criminal la respuesta penal ocupa un lugar fundamental, pues ella exige definir cuál de esos conflictos posee las características que permiten definirlos como un injusto penal y consiguientemente justifican la aplicación de consecuencias de igual naturaleza. Como ya se dejara ver al inicio, la política criminal en su faz penal tiene entre sus funciones la de seleccionar los contenidos que hacen al componente material del concepto de delito y a la vez la opción, según criterios de proporcionalidad, de los tipos de consecuencias a aplicar. La tarea de selección juega entonces un rol fundamental, pues tiene por objeto los dos polos de la relación propiamente penal —delito y sanción—.

Por eso, la identificación de los principios merced a los cuales se produce la selección está en el inicio de la legitimación de la decisión política, tanto en la instancia legislativa como en la de orden jurisdiccional o aplicativa. Es más, puede decirse en nuestro tiempo que el proceso mismo de formación de los criterios de selección ofrece un punto de interés científico penal pero, a la vez, de tipo sociológico y ético. Se trata

⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, ob. cit., p. 21.

del problema constante de la validez y la vigencia de los criterios que forman la decisión jurídica.

Ese problema forma parte del análisis de la racionalidad de la ley penal, que envuelve, como demuestra en su estudio DIEZ RIPOLLES, diferentes etapas (prelegislativa, legislativa y poslegislativa) en las cuales los vectores de actuación son múltiples considerados social y políticamente. El profesor español identifica en su ensayo los fundamentos que brindan importancia particular a la fase prelegislativa, pues es allí donde cobran significación los denominados “agentes sociales” –no siempre institucionalizados–, los medios de comunicación, las burocracias y los grupos de presión. En la interacción de todos ellos, que dan forma a la denominada “opinión pública”, aparece el primer peldaño de la decisión política criminal. Este resulta constituido por la identificación y diferenciación de una disfunción social que pasa a formar parte de la agenda de debate mediático, político y, a la postre, legislativo⁹.

La conclusión evidente de esta búsqueda de significado es que el derecho penal no agota el contenido propio de la política criminal, aunque ésta se valga de aquel como el instrumento más incisivo del poder estatal frente a determinados comportamientos contrarios al orden legal. Esto demuestra que reducir la política criminal a la sola producción de leyes penales, entendiendo por tales las que determinan tipos de comportamiento merecedores de sanción, es restringir el campo de análisis político que le es propio al uso del instrumento punitivo en desmedro de otras opciones. En estos ámbitos, entonces, la dialéctica extrema entre una racionalidad instrumental –signada por la eficacia– y otra de orden material –marcada por los principios práctico-morales de la legalidad– debe ser superada por quienes tienen a su cargo el diseño de las respuestas sobre los fenómenos de naturaleza criminal y los que han de concretar la creación y aplicación de los instrumentos normativos.

b) *POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN PUNITIVA*: Si la política criminal for-

⁹ Cfr. DIEZ RIPOLLES, José L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 18, 23 y 34.

ma parte, como se advierte, del pensamiento práctico, aun los aspectos de orden técnico deben ser analizados conforme las reglas de lo agible, esto es, de lo que se denomina “práctico-moral”. Ciertamente, no hay forma de enfrentar los conflictos sociales sin un estudio de campo, una evaluación empírica y la ponderación de los medios que han de escogerse según la finalidad perseguida. Esta instancia, de todos modos —como se vio— integra un marco de racionalidad material que hace a las exigencias éticas y jurídico-constitucionales; en fin, de racionalidad conforme a la rectitud del orden político asumido en la convivencia. En el campo de la globalización, esto implica tendencialmente la aceptación de ciertos valores universalizables. Así, por ejemplo, los vinculados con el *ius gentium*, *ius cogens*, derechos humanos y exigencias de legitimidad democrática, muchos de ellos, además, discernidos por los nuevos actores fundamentales del orden jurídico internacional, como son los Tribunales de Derechos Humanos y en medida proporcional, los encargados de control constitucional.

Por eso es necesario recuperar para la política criminal estos dos aspectos de la cuestión sin los cuales se desfigura la verdadera labor de ordenamiento social. Si se trabaja con criterios meramente eficientistas, probablemente se puedan romper los lazos legales que aseguran la vida social. Si, por el contrario, se opera solo en un ámbito teórico —“filosófico”, en los términos de VON LISZT— sin interesarse por la influencia de las decisiones en el conflicto real, no se hace verdaderamente política sino retórica. De esto ha alertado en los últimos tiempos Massimo DONINI, al calificar las relaciones entre política y derecho penal como tormentosas y neuróticas. El catedrático italiano señala entre las causas de esas dificultades el desprecio de la ciencia penal por los componentes de orden criminológico o empírico en general. Si bien entiende comprensible este aspecto a la luz del desenvolvimiento histórico predominantemente normativista del saber penal, se hace inexplicable en la instancia de labor legislativa. Sobre esa base, se puede hablar de irracionalidad penal en tanto se trabaja, en la etapa de producción de la ley penal, sin tener en cuenta datos y objetivos que permitan hacer efectiva la decisión frente al conflicto. También en la instancia de aplicación de la ley, DONINI asigna importancia al modo de entender el derecho penal por la magistratura. En esta etapa

se puede hablar de una composición judicial del pluralismo social, como proporcionalmente aparece en el momento parlamentario de creación de la ley, algo que, en el plano internacional, se da en la concurrencia de distintas tradiciones jurídicas —*civil law* y *common law*, por ejemplo—.

En definitiva, como explica DONINI, el derecho penal, si bien se desenvuelve a través de principios y valores y persigue una finalidad simbólica, comunicativa o de reafirmación de la conciencia jurídica, en tanto instrumento de política ha de integrarse a un programa que se haga cargo de la realidad social, del *output* verificable de su intervención en el campo de la convivencia que regula¹⁰. Esto, si bien puede aparecer en el momento jurisdiccional de aplicación de la ley, es obviamente determinante en el momento legislativo. En esta instancia, la política criminal afronta su mayor desafío.

Parece manifiesto entonces que en tanto política, la política criminal debe ponderarse también por el grado de desarrollo de algún fin, bien y valor socialmente apreciable. El derecho penal, como parte de la política criminal, sin embargo, no está sujeto a una regla de validación idéntica a esta última. El derecho penal, si bien se define prácticamente por el fin que persigue y que a la vez configura en su misma realidad, lo cierto es que aparece de manera mucho más difusa. Como instrumento, la ley penal no puede estar sujeta a verificación como si fuera una ley de la naturaleza. Su “territorio” científico y a la vez, político-social, es diferente.

El método con el que se releva el derecho penal asume criterios vinculados con el restablecimiento del orden legal, la fidelidad al derecho, el reforzamiento de la conciencia jurídica de la sociedad y los valores en ella incluidos. *Estos aspectos no se presentan a la consideración de quien audita los fines y funciones penales y político-criminales, con la claridad de los números de una estadística, sino que se muestran de manera más o menos difusa en la intensidad de la concordia social, la tranquilidad y el respeto por el orden jurídico.* Ciertamente

¹⁰ Cfr. DONINI, Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, “Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale”, Giuffrè, Milano, anno XLIV, 2001. En sentido similar el mismo autor, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, Cedam, Padova, 2003, cap. I, apart. 1.

es que esos significados sociales a la postre pueden tener pautas de verificación contrastables, pero no es esta la parte fundamental del derecho penal, aunque sí debe ocupar un lugar en la reflexión político-criminal del legislador.

En este punto dice HASSEMER que “Nuestra asignatura, como ciencia práctica, ha subestimado tradicionalmente el aspecto práctico frente al científico. La práctica, normalmente, no ha interesado a la ciencia alemana como objeto de su estudio (...) La indiferencia por parte de la ciencia hacia la política relevante para el derecho penal no significa, sin embargo, que la ciencia penal no haya tenido repercusiones políticas. Lo ha hecho, utilizando nuestra terminología, por omisión”. De allí que el profesor alemán plantee una difícil disyuntiva: o la ciencia incluye en sus planteamientos teóricos las consecuencias políticas que de ella se derivan, facilitando así la discusión, o aparenta desentenderse ante esas consecuencias. En consecuencia, a su criterio, los penalistas de nuestro tiempo deben preocuparse no solo por la pureza de conceptos y la riqueza de contenidos, sino también por la posibilidad de conectarlos con instrumentos de control social y consecuencias favorables de una política penal¹¹.

Por eso, suponer que el derecho penal está ajeno totalmente a cualquier verificación sería conceder demasiado a la división kantiana del mundo y quedaría poco que decir del derecho penal como parte de la vida política. Puede afirmarse entonces: a) en lo que posee de “técnica”, el derecho penal debe resolver, en el campo de la legalidad –practicidad político-moral– el conflicto, y b) sus conceptos –aun siendo normativos– tienen determinada capacidad de rendimiento en la medida que permitan explicar –resolver– las cuestiones para las cuales se han configurado. Todo esto puede ser objeto de cierto contraste, mostración y demostración, sin perjuicio del proceso de normativización que lo define. Repárese que, en tanto orden práctico-moral –del *agere* y no sólo del *facere*– es necesario que aparezca vinculado con una comprobación de racionalidad que no es meramente instrumental sino ma-

¹¹ Cfr. HASSEMER, Winfried, “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en la obra colectiva *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, obra coordinada en la edición española por Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 42 a 45.

terial –de principios–. Ciertamente, esto también permite una cierta “verificación”, pero en un orden diferente.

De alguna manera, aquí aparece implicado un problema tradicional de la ciencia jurídica; por tanto, también del saber penal. Se trata de la relación entre validez y vigencia –eficacia–. El siglo xx se interesó por esta cuestión merced a las apreciaciones de Kelsen y sus posteriores interpretaciones. Cuando Kelsen habla de “validez”, se refiere a la existencia específica de las normas. La existencia de una norma jurídica, aunque no es idéntica a ciertos hechos, está condicionada por ellos. Por un lado, en el pensamiento kelseniano, decir que una norma es válida es significar que resulta vinculante, que un individuo debe comportarse conforme a ella. Estas consecuencias no derivan de un hecho, sino de una cuestión normativa, ya que el deber ser surge también de un campo deóntico, no meramente empírico. En la teoría de Kelsen, la cuestión remite a un supuesto último –llamado “norma fundamental”–, que si bien tiene características de un hecho, refiere igualmente a un juicio de validez sobre el mismo. Así, desde un inicio, la validez está vinculada con la valoración de algo que viene dado¹². A nuestro modo de ver, diverso al kelseniano, ese algo es la realidad, pero no entendida como simple *factum*, sino como realidad del fin, del bien o del valor identificable por la razón en su función práctica. El juicio de valor sobre algo que se define como bueno, justo, útil, etc., toma un hecho, pero se legitima como punto de partida a través de la valoración y no únicamente por la sola contundencia de lo fáctico.

Estos razonamientos muestran que la validez responde a tres niveles diferentes: se puede hablar de una validez de tipo social –eficacia–, otra de orden ético –validez propiamente dicha– y finalmente una de orden propiamente jurídico –vigencia entendida como pertenencia actual a un sistema normativo–. Estas tres formas reflejan tres perspectivas distintas: la sociológica, la ética y la jurídico-positiva.

¹² El tema puede consultarse dentro de las obras de Kelsen, *La teoría pura del derecho*, 1ª ed., traducción castellana de Eudeba, Buenos Aires; *La teoría de las normas*, Trillas, México, 1994. Sobre la cuestión debe verse Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

En nuestros días, Robert ALEXY, siguiendo estas distinciones tradicionales, advierte que la corroboración sobre la eficacia sociológica de una norma o un ordenamiento –validez social o vigencia social–, propia de la sociología jurídica, puede circunscribirse a tres aspectos o conocimientos. El primero es que la validez social es un asunto de grado, de porcentajes que se refieren a la eficacia empírica de la norma. El segundo es que esa validez es cognoscible si se recurre a criterios de obediencia y de aplicación de sanciones en caso de desobediencia. El tercero dice que la aplicación en caso de sanción incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, la estatalmente organizada.

En este punto refiere que la validez jurídica, en sentido estricto, solo hace referencia a la pertenencia al orden jurídico positivo. Sin embargo, vista desde un sentido más amplio, incluye aspectos de la validez social y de la validez moral¹³.

A partir de allí, se puede llevar esas apreciaciones al orden de la política criminal en relación con el derecho penal. En este campo es dable sostener que más allá de la validación legal y aún normativa, se hace necesaria una consideración de tipo material –que responde a principios y valores de racionalidad– y de eficacia¹⁴. En este último aspecto, sin embargo, la cuestión empírica remite a criterios de obediencia y fidelidad normativa, no siempre ponderables en punto a la concreta tutela o protección de bienes jurídicos, sino a estados o situaciones sociales. De todos modos, no es posible hablar de una mera existencia simbólica de la norma penal; esta debe representar alguna operatividad en el campo de la realidad. ALEXY lo refiere al orden de las sanciones frente a la desobediencia.

Y aquí llegamos al final de la cuestión: *la política criminal, si bien se vale del derecho penal con finalidades de orden comunicativo, de reforzamiento de la conciencia jurídica de la sociedad o del mantenimiento de los valores que la configuran normativamente, no puede prescindir de un cierto grado de realización operativa.*

¹³ Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

¹⁴ En esto coinciden desde distintas perspectivas tanto HASSEMER como SILVA SÁNCHEZ o DIEZ RIPOLLES.

Esto lo ha marcado JAKOBS, al observar que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica. Los hechos, dice, también hablan en el derecho penal. Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma debe ser *realmente* esperable en lo fundamental, es decir, que los demás puedan *calcular ciertamente* que las personas se comportarán adecuándose al derecho. Para JAKOBS, una norma es eficaz si permite asegurar expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible como estable por los potencialmente afectados por el ilícito, de manera que mantengan la confianza en el orden normativo. Esto último no se logra sin una base cognitiva –real o fáctica–, pues las garantías normativas por sí solas no ofrecen seguridad plena a las expectativas. Por eso el maestro alemán ha dicho en los últimos tiempos que “sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida”¹⁵.

Dicho por nosotros de otro modo, si bien la actividad del derecho penal es portadora de un significado social, también produce un hecho, algo físicamente comprobable. El grado de realización de esto último, lo que ALEXY llama el grado de obediencia y nosotros podemos referir a la fidelidad al derecho, el compromiso real con los valores jurídicos, la eficacia en la intervención jurisdiccional, la impunidad, etc., es condicionante, en muchos casos, de la significación normativa del instrumento penal.

Se deja ver con esto que la noción de “crimen organizado”, entendida como concepto predominantemente político-criminal, requiere una apreciación de tipo normativo y a la vez un cierto grado de aptitud real para enfrentar el conflicto que no solo pretende definir sino también modificar. La se-

¹⁵ Esta idea ha sido desarrollada por JAKOBS en distintas instancias de su pensamiento. La cuestión es tratada en “La criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), editada en español dentro de *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, ps. 314 a 316; en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, y en “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos del presente”, en la obra colectiva coordinada por MUÑOZ CONDE antes citada, *La ciencia del derecho penal* . . . , Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 58 a 61.

lección de los fenómenos que buscan incluirse en la comprensión de este concepto y la intensidad de su significación son tareas de política criminal, pero que envuelven desafíos de orden científico y práctico que no pueden omitirse en el análisis. Sería presuntuoso pretender que en este estudio nos aboquemos a todas esas cuestiones, pero la idea es abordar al menos los momentos fundamentales de la política criminal que interesan a la cuestión.

§ 2. LOS CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL EN LA DETERMINACIÓN DEL ILÍCITO PENAL. — a) *LOS PRINCIPIOS GENERALES QUE REGULAN LA SELECCIÓN DEL ILÍCITO PENAL*: Como una de las cuestiones esenciales de la política criminal pasa por la selección de las conductas merecedoras de consecuencias penales, el pensamiento científico ha identificado una serie de principios que hacen a la regulación de ese proceso. Esta rica construcción racionalizadora del ejercicio de la potestad penal encuentra sin embargo un primer escalón, casi de orden natural, en las máximas: “omnes sicut teipsum”; “alterum non laedere”, “cogitationem poenam nemo patitur”. La idea es la de indicar directrices que se refieran al trato que uno debe dar a los otros —a todos como se trata uno a sí mismo—, no dañar a los demás y dejar fuera de castigo las ideas o pensamientos de las personas que implica el reaseguro del ámbito de privacidad e intimidad personal. Una expresión que conjuga buena parte del significado de estas máximas es el precepto básico de la convivencia social y política que recogiera Justiniano de lo expresado por Ulpiano: “Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (*Instituta*, I, 1, 3).

En nuestro tiempo y de manera más comprensiva se habla, para estas cuestiones, de un derecho penal nuclear que se refiere a esos bienes que naturalmente justifican la intervención penal para asegurar la convivencia básica. Así se distingue entre *Kernstrafrecht*, que asume esos bienes, y *Nebensstrafrecht*, que aparece como accesorio y en cierto modo alejado de aquella evidencia de utilidad y necesidad personal —individual—. En el desenvolvimiento del instrumento penal, una vez salvado el primer escalón básico de aseguramiento de convivencia, no todo objeto, bien, valor o estado de cosas amerita la aplicación de consecuencias punitivas, reconociendo en todo

ello el círculo de autonomía personal que no puede ser afectado por el poder.

Desde una perspectiva moderna, la elaboración de criterios más específicos para discernir esa selección de comportamientos penalmente relevantes y salvaguardar la autonomía personal se encuentra en los principios de ofensividad, subsidiariedad, *ultima ratio*, proporcionalidad, humanidad, etc., que dan contenido a las exigencias materiales de la legalidad. En este punto conviene recordar que el Estado de derecho, y en su momento la idea clásica de república, reclaman que el modo de expresarse el poder político sea a través de las leyes. Son estas el instrumento que formalmente legitima la toma de decisiones y que en materia penal explica el principio de legalidad expuesto por Feuerbach: "nullum crimen, nulla poena sine lege praevia"¹⁶.

Sin embargo, muy poco se habría avanzado si la legalidad se redujera a un modo de expresión del poder político sin más, esto es, sin referencia al contenido material reclamable a esa expresión, dentro del cual se contienen exigencias de eficacia en la atención del conflicto que se enfrenta y resguardo de los derechos individuales. En estas dos perspectivas se funda lo que JESCHECK distingue como legalidad formal y legalidad material, expresiones del Estado de derecho formal y material respectivamente¹⁷.

En el sistema constitucional argentino, el art. 19 de la Constitución nacional, en consonancia con lo dispuesto en el art. 18 del mismo cuerpo legal, constituye la guía primaria en punto a los criterios de selección de comportamientos que pueden ser materialmente la base del ilícito penal necesariamente expresado a través de normas.

¹⁶ Sobre la cuestión ver, de manera general, YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002. El tema de la legalidad penal entendida como principio fundamental del sistema sancionador ha sido motivo de nuevas reflexiones en la obra de DONINI antes citada, conforme un análisis de cara a los valores constitucionales. Cfr. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, cap. I, §§ 2 y 3. En ese mismo orden puede consultarse la obra de Tulio PADOVANI y Luigi STORTONI, *Dirito penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 2002, ps. 83 y siguientes.

¹⁷ Cfr. JESCHECK, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Comares, Granada, 1993.

Por eso, el criterio primordial es que todo ilícito debe ser definido por una ley en sentido formal y que los hechos a los que se refiere afecten de algún modo a terceros, el orden o la moral pública. Sin esa alteridad, la sola utilización del instrumento normativo no satisface las exigencias constitucionales.

Es más, conforme a la forma de organización política escogida, la respuesta penal debe pasar el test de proporcionalidad respecto del objetivo que se quiere alcanzar. El modo e intensidad de afectación o trascendencia de los comportamientos seleccionados penalmente son, en consecuencia, un punto dentro de la relación de razonabilidad que regula la cuestión. Ello es así por cuanto en este orden, la legalidad, la reserva de ley, la protección de la privacidad y la intimidad se integran con la existencia de derechos fundamentales, con contenidos fuertes, que solo pueden ser limitados en una medida que resulte razonable a la importancia de los objetivos pretendidos. En concreto, no cualquier afectación de terceros, el orden o la moral pública, habilita *per se* la intervención penal. Los derechos fundamentales son, en consecuencia, el otro polo esencial del juicio de proporcionalidad¹⁸.

Justamente, los principios que indican los criterios antes mencionados son los que proveen básicamente de contenido a la legalidad material y permiten superar un criterio meramente formal o positivista. NAUCKE ha criticado duramente a Binding por seguir un crudo positivismo, al ligar la legalidad a la mera exteriorización del poder. Dice en ese sentido

¹⁸ DIEZ RIPOLLES, en *La racionalidad de las leyes penales*, obra ya citada, ha puesto de manifiesto la importancia de los principios que hacen al orden y la cultura jurídica de la vida política antes que la propia literalidad de la ley. Dice el profesor español que hoy en día se puede hablar de la crisis de la ley entendida como producto exclusivo del legislador al cual debe atenerse el juez sin hacer ningún aporte extra. Por el contrario, desde la perspectiva de DIEZ RIPOLLES, la creación de la ley viene dada dentro de un proceso donde resulta difícil distinguir –o al menos oponer– la etapa creativa de la aplicativa. En esta última instancia, justamente, la idea de principios y sus contenidos materiales juega un rol fundamental que da eticidad a las decisiones jurisdiccionales. Ver la obra ya citada, ps. 63, 67, 76 y 165. Un análisis de especial significación sobre la creación de derecho en la interpretación penal dentro de la tradición continental se encuentra en la obra colectiva coordinada por Giovanni FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, en especial el estudio del propio FIANDACA y de Alberto CADOPPI.

que “Las primeras construcciones dotadas de consistencia que irrumpen contra el principio jurídico-penal de legalidad se encuentran en Binding (...) El paso de la idea de legalidad al positivismo jurídico-penal encierra una modificación decisiva del contenido del derecho penal”. Tampoco ha escapado de la crítica VON LISZT, pues al decir de NAUCKE, “la inversión del pensamiento de la *Magna Charta*, desde la protección de la libertad del ciudadano a una *Magna Charta* del delincuente, resulta escandalosa para el jurista (...) la ley penal es una regla positivizada, no determinada en cuanto a su contenido en la que pueda apreciarse la dimensión e identidad de la fuerza de la pena estatal”. En consecuencia, si la cuestión quedara en esos términos, nada se habría salvado de la idea de legalidad expresada por FEUERBACH¹⁹.

Aquellos principios permiten entonces superar el mero formalismo, dando una guía –imperativa– al legislador que pretenda asegurar la racionalidad de la respuesta penal adoptada. Se trata en buena medida de criterios prevalentemente normativos –valorativos– que legitiman, o pretenden hacerlo, la decisión legislativa. Así, cuando se habla de ofensividad, se exige que el legislador impute consecuencias penales solo a las conductas que tengan al menos capacidad de lesionar bienes jurídicos ajenos. En ese punto explica ZAFFARONI que la idea de lesividad indica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no medie al menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Sin embargo, advierte que la confusión entre bien jurídico afectado o lesionado con la noción de bien jurídico tutelado modifica totalmente el sentido limitador del principio esbozado y se termina justificando que todo bien jurídico merezca tutela penal. Con ello desaparece la idea de fragmentariedad²⁰.

¹⁹ Cfr. NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, ps. 536 a 539.

²⁰ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro, y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 119 y ss. Un planteo desde una raíz filosófica, entendiendo por tal las cuestiones epistemológicas y de método, encuentra en la cultura penal latinoamericana un destacado exponente en la

Por eso Cornelius PRITTWITZ pone en duda la eficacia de esos principios para limitar la potestad penal del Estado con algún criterio material. En punto a la idea de fragmentariedad, esbozada en su momento por Binding (1902), muestra cómo históricamente el concepto en realidad quiso significar un defecto de la codificación alemana y no expresar un valor restrictivo de la actividad legislativa. La misma crítica formula PRITTWITZ respecto de la denominada “subsidiariedad penal”. Explica en este sentido que si bien de manera negativa puede hablarse de la respuesta penal como *ultima ratio* –subsidiaria–, cuando han fallado otros medios de intervención, también puede dársele una orientación positiva. En este último caso, PRITTWITZ señala que “subsidiariedad penal” no quiere decir otra cosa que competencias atribuidas a distintas áreas del orden jurídico, sin que implique limitación del poder punitivo, sino asignación de campos de aplicación. En definitiva, a su entender, está demostrado que “un derecho penal severamente limitado no puede considerarse como un rasgo esencial de la democracia. El Estado de derecho, en sentido formal, limita sin duda el recurso al derecho penal a las infracciones de las prohibiciones contenidas en las normas penales. Pero no aporta por sí mismo ideas para un programa consistente en promulgar sólo pocas de estas leyes penales”.

Dentro del desencanto que el maestro alemán muestra sobre la capacidad limitadora de estos denominados “principios materiales de la legalidad” se encuentra su búsqueda de criterios más bien empíricos de reducción punitiva. De allí que PRITTWITZ proponga trabajar con reglas que se hagan cargo de los recursos limitados cuando se toma una decisión punitiva, circunscribiendo la respuesta a exigencias que efectivamente ameriten el compromiso de esos recursos escasos. Del lado de la significación social, encuentra apropiado asumir la falta de efectividad del derecho penal frente a los conflictos, como un modo de restringir los impulsos que instan al uso del instrumento punitivo. Así, la “pérdida del filo de la espada penal”, su relativa capacidad para resolver conflictos sociales y la referencia a las “cifras negras del delito” suscitan en

obra del catedrático brasileño Juárez TAVARES. A modo de introducción a la cuestión puede consultarse *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

PRITTWITZ mayores expectativas de limitación que aquellos principios tradicionales antes enumerados. Aquí también, pero con un sentido especial, se hace visible la operatividad dialéctica de una racionalidad fundada en criterios de eficacia —empíricos— y otra fundada en principios propios de una racionalidad material o valorativa²¹. Esto ha de recordarse en particular frente a la problemática del delito organizado, sus peculiaridades y su justificación como entidad jurídica diferenciada, de cara a criterios valorativos y empíricos —de eficacia en la lucha contra los conflictos que plantea—.

Sin embargo, a pesar de la propuesta de exclusivo carácter empírico de PRITTWITZ, parece claro que en el orden del control de la legalidad material las consideraciones que esboza no son totalmente operativas. La legalidad trabaja sobre la base de principios de orden constitucional o vinculados con reglas internacionales de derechos humanos e incluso con criterios de racionalidad que no son los mismos que detalla el maestro alemán. En todo caso, esas opciones pueden ser atendibles en la instancia de decisión política como tópicos de ponderación, junto con muchos otros que hacen a la eficacia y eficiencia del instrumento penal. En modo alguno, sin embargo, aseguran su triunfo evaluados de conformidad con otros objetivos pretendidos. En ese campo, el principio de racionalidad o proporcionalidad es decisivo, pues envuelve tanto la perspectiva de tipo empírico como aquella de orden valorativo.

Repárese que el uso punitivo puede ser adecuado según los criterios que PRITTWITZ propone y de todos modos entrar en conflicto con la “lógica material” de la legalidad constitucional. Por eso, la clave de bóveda de la política criminal en la selección de sus instrumentos y consecuencias viene dada por la idea de proporcionalidad como principio rector, es decir, de racionalidad integral. Esto significa que la reacción penal debe ser idónea, indispensable y proporcional confrontada con la limitación de derechos y garantías que supone en tanto medida coactiva y punitiva destinada a alcanzar determinados objetivos.

²¹ Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “El derecho penal alemán, ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?”, en *La insostenible situación del derecho penal*, ya citada, ps. 427 y siguientes.

Dice Juan CIANCIARDO que en la consideración de la razonabilidad, el primer criterio por tener en cuenta es que toda medida debe perseguir un determinado fin y que debe resultar adecuada para ello. Además, las medidas que limitan derechos en pos de objetivos de beneficio general deben ser necesarias, entendiendo por tal su carácter indispensable. En este orden, la cuestión se refiere a la inexistencia de un medio menos gravoso para responder a la búsqueda de ese fin. Finalmente, entra en juego el criterio definitorio de la cuestión que es el de la proporcionalidad *stricto sensu*. Esto supone la razonabilidad de la medida escogida. En este punto entran criterios de utilidad, balance de costos y beneficios, el respeto por el contenido esencial de los derechos y la configuración política de la sociedad²².

Por eso, no siempre lo que en términos de racionalidad económica o eficiencia organizativa resulta atendible, aparece como legalmente justificado. Es lo que SILVA SÁNCHEZ ya advirtió: "Es necesario atender en las decisiones de política criminal a principios que al menos reconozcan la ontología personalista del ser humano como punto de partida inalterable". lo que he llamado principio de dignidad humana y que en algún aspecto recepta la idea de principio de humanidad en la aplicación del instrumento penal²³.

En definitiva, pareciera que es ineludible que la política criminal esté vinculada en la determinación de los comportamientos ilícitos con criterios materiales cuando enfoca la solución de problemas sociales en el campo empírico. Ciertamente, la capacidad de rendimiento de esa racionalidad depende en buena medida de la cultura política de los poderes

²² Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004. También el estudio de Santiago LEGARRE, *Poder de policía y moralidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, donde pone en evidencia la importancia de la reflexión previa sobre el sentido de la convivencia política para definir el ámbito de intervención del Estado en la vida social. En cuanto a la cuestión propiamente penal, puede consultarse YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, cap. X. También DIEZ RIPOLLES, en la ya recordada obra sobre *La racionalidad de las leyes penales* (p. 76), señala la importancia del principio de proporcionalidad en la decisión legislativa y jurisdiccional.

²³ Ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Política criminal y persona*, ya citada, y YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, también mencionado, cap. VII.

legislativos y judiciales. Si hubiera que poner el acento en uno de ellos, presumiblemente debería volcarse la cuestión en favor de una cultura de la legalidad material de los órganos de control constitucional, sean estos jurisdiccionales o "políticos", pues son los que a la postre operarán limitando o haciendo nula la actividad ilegítima del poder.

Sea como fuere, la realidad muestra que la interpretación de la forma de existir de la comunidad política juega un rol fundamental en este problema. La autocomprensión de la sociedad en punto a la relación entre libertades individuales y seguridad, encarnada en el sistema jurídico, pero a la vez asumida como forma de relacionarse con significado social, es a mi modo de ver decisiva. En este punto es válido diferenciar dos niveles: el primero muestra una perspectiva general, aplicable a las sociedades en tanto participan de una común caracterización en términos de pertenencia cultural, sistema económico, régimen de toma de decisiones, intercambios, integración o acuerdos internacionales. El segundo tiene un aspecto algo más concreto, ligado a las especiales características del sistema constitucional y los valores más o menos compartidos por esa sociedad particular.

Por el lado de la primera significación, se aplican modelos de interpretación elaborados para dar cuenta del modo de entenderse las relaciones sociales, sus fines, preocupaciones, valores y conflictos. Por el segundo modo, aparecen los criterios de identificación particular de la sociedad, en especial el modelo político que al menos formalmente define la configuración de esa convivencia. Las teorizaciones de ambas perspectivas brindan criterios que explican en algunos casos y legitiman en otros la forma de atender los conflictos. De allí su importancia en materia de política criminal.

En nuestro tiempo, parece un criterio difundido el de interpretar las sociedades con cierto grado de desarrollo y complejidad como sociedades de riesgo, donde este último concepto juega un papel de indudable importancia a la hora de discernir criterios de intervención político-criminal y a la postre esquemas de tipicidad orientados a esos fines. La seguridad, en un sentido amplio, no solo en lo jurídico sino como hecho sociológico de características empíricas, valor social, signifi-

cado comunicativo o símbolo, ocupa una buena parte de la orientación de esa política de Estado²⁴.

A su vez, los Estados tienden a definirse bajo fórmulas de Estado de derecho, pero con una adjetivación puesta en lo social, la democracia o la relevancia del orden constitucional. De esa manera, el modelo institucional permite deducir ciertas consecuencias en materias relativas al modo de enfrentar los conflictos, repartir las cargas o ponderar la relación entre libertad individual y exigencias comunitarias²⁵.

²⁴ Sobre la idea de sociedad de riesgo que Ulrich BECK desarrollara en *La sociedad de riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998, se habla en nuestro tiempo de que el riesgo, a diferencia de los denominados “peligros”, es un concepto que supone la actividad humana como generadora de situaciones de puesta en crisis de determinados bienes. En ese orden, la lógica de los riesgos va de la mano con la de los avances de la sociedad moderna –modernidad tardía o segunda modernidad– y reclama de la actividad social y política una serie de medidas de aseguramiento sobre esas amenazas. En el plano de la convivencia, entonces, la noción de seguridad adquiere contornos más extensos e incluso difusos de aquellos que se vinculaban con la idea de peligros (naturales, entre otros). Por eso se habla de percepciones o sensaciones de inseguridad como datos por contrarrestar a través de medidas legislativas políticamente orientadas. Sobre el punto puede consultarse el trabajo de Roger CAMPIONE, “El que algo quiere algo le cuesta. Notas sobre la *Kollateralschädengesellschaft*”, en la obra colectiva *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

²⁵ Un ejemplo de lo dicho es expuesto por Mirentxu CORCOY BIDASOLO al referirse al derecho penal en la sociedad de riesgos. Así indica que el derecho penal, “lejos de una pretendida instrumentalización del control formal, persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello, asegurar el libre desarrollo de la personalidad. En este ‘nuevo’ derecho penal confluyen, por consiguiente, el nuevo sistema de Estado social, con un nuevo sistema de valores, y el nuevo sistema de Estado liberal, en el contexto de la sociedad tecnológica postindustrial. Esta evolución científica, tecnológica, socioeconómica, y paralelamente del pensamiento político, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos, a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar el sentido de algunos bienes jurídico-penales tradicionales y, por último, al sistema judicial a perseguir efectivamente y a condenar por la comisión de un delito de peligro sin esperar a que se haya producido un resultado lesivo para la vida, la salud o la propiedad”. En orden a las críticas sobre el carácter simbólico de esa política criminal, CORCOY BIDASOLO señala el fuerte contenido preventivo general negativo que cabe reconocer a las leyes en materia tributaria y penal económica sobre los sujetos a los que van dirigidas en especial. Ello, además, a su entender, implica en materia preventiva general positiva una reafirmación de la conciencia sobre el valor de esos bienes. Ver al respecto “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal”, en la obra colectiva dirigida por ella misma y Santiago Mir Puig, *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 38.

Todo ello, por lo demás, debe ser visto dentro de un marco de integración comunitaria, donde las soberanías nacionales se relativizan en virtud de acuerdos multilaterales, procesos de regionalización, mercados comunes, uniones aduaneras y creciente globalización de mercados, medios de comunicación, sistemas de control y obligaciones jurídicas. En ese orden, los tribunales internacionales de derechos humanos, entre otros, proveen, a través de su jurisprudencia basada en valores y principios no siempre positivizados, un criterio más de ponderación a la hora de asumir la decisión de política criminal.

Esos presupuestos, de todos modos, no alcanzan a neutralizar dos principios que resultan fundamentales en la elaboración de la política criminal y que tienen en la instancia de producción legislativa y aplicación de las normas un tercero de similar significado. En ese sentido, *el principio de legalidad*, al igual que *el principio de culpabilidad*, operan como columnas fundamentales de toda legitimación punitiva. Claro está, como ya se ha hecho notar, ambos requieren de un contenido material que en buena medida es dependiente de los dos niveles antes esbozados. El *principio de proporcionalidad*, por su parte, ofrece iguales exigencias de determinación conforme a criterios valorativos propuestos por el orden internacional y el nacional. Sin embargo, los tres operan como principios no disponibles, formalmente hablando, en punto a la conformación de cualquier respuesta de política criminal. En resumidas cuentas, la decisión política en materia penal, a partir del uso del instrumento legal, debe justificarse por su contenido en relación con principios, valores, criterios y finalidades de orden general –caracterización de las sociedades actuales dentro de un marco determinado– y particular –sistema político y jurídico concreto que rige esa sociedad–²⁶. Sin embargo, sea cual fuere el punto de intersección de estas dos perspectivas, el concepto de bien jurídico ha quedado instalado durante el siglo XX como una referencia ineludible a la hora de la legitimación de las decisiones de política criminal.

²⁶ Ver en este punto las reflexiones de Enrique BACIGALUPO, *Derecho penal*, "Parte general", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 208.

b) *LA TUTELA DE BIENES JURÍDICOS COMO REGLA DE SELECCIÓN DE LOS ILÍCITOS PENALES. LA CUESTIÓN EN EL DELITO ORGANIZADO:* La noción de bien jurídico expresa en el derecho penal de la modernidad, y en especial en la segunda posguerra, la idea de un contenido esencial en la ilicitud penal. En tanto el derecho penal se refiere –tutela, protege, etc.– a bienes jurídicos, estos son la única finalidad que justifica la intervención penal. Este concepto recibió además la función de operar como límite a la potestad penal del legislador. Es decir, solo pueden ser objeto de ley penal los comportamientos que afecten bienes jurídicos. Pero, claro está, como advierte entre otros ROXIN, la protección de bienes jurídicos no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión, sino que también se justifica la reacción con las situaciones de puesta en peligro o, en los casos de peligro abstracto, que se presenten los bienes en cuestión como motivos de la punibilidad²⁷. En el caso de STRATENWERTH, incluso se habla del aseguramiento del futuro mediante el uso del instrumento penal, con lo cual se refleja el adelantamiento de la protección penal y el carácter inesencial de la referencia del concepto de bien jurídico a una situación individual concreta.

La discusión acerca de la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico en la política criminal lleva ya largos años sin alcanzar una respuesta satisfactoria. Puede decirse que esta comprobación histórica indicaría la necesidad de reconocer que no se puede esperar demasiado de esta noción en ese punto. Esto, sin embargo, no obsta al reconocimiento del sentido esencial que tiene el concepto para elaborar los tipos penales, construir la interpretación de estos y en un cierto sentido legitimar la respuesta legislativa. Cosa diferente es asignarle por sí misma una aptitud restrictiva frente al legislador. Dicho de otro modo, la experiencia de los últimos decenios en materia penal ha demostrado que el legislador reconoce, identifica o crea bienes jurídicos de diversa entidad, amplitud o naturaleza dentro de un marco de congruencia con valores constitucionales. En ese orden, entonces, las esperan-

²⁷ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, “Parte general”, Civitas, Madrid, 1997, t. I, § 2, VII, 23.

zas de que la noción tenga fuerza de contención en la opción política han dejado de reconocer fundamentos realistas²⁸.

El debate en nuestros días transcurre no tanto en la identificación de los aspectos del concepto de bien jurídico aptos para limitar la labor legislativa cuanto en el modo de interpretar ese concepto a la luz de otros criterios que se presentan, en consecuencia, como superiores o de mayor peso restrictivo. Lo que se aprecia en este momento es que al hablar de bien jurídico se trabaja al mismo tiempo con una perspectiva determinada que le da cierta consistencia para operar de manera limitadora. Así, por ejemplo, se habla de una noción personal —HASSEMER— de bien jurídico que habilita solo la legitimación de la respuesta punitiva en los casos del denominado “derecho penal nuclear”, esto es, aquel que se refiere a bienes de las personas individuales o referibles de manera más o menos inmediata a estas. Como se advierte, no es el concepto de bien jurídico en sí mismo el que posee la capacidad de restricción legislativo-penal sino la perspectiva personalista, de hecho distinta de aquel concepto. Otro tanto sucede con el principio de lesividad; es este y no la noción de bien jurídico lo que adquiere eficacia limitadora, sobre todo en el orden de los delitos de peligro, peligro abstracto, tenencia, pura actividad o peligro presunto. En todos ellos pueden identificarse bienes jurídicos; por lo tanto, es la capacidad lesiva de la conducta lo esencial del concepto y no aquellos.

Se entiende así la discusión que desde la política criminal se ha suscitado en ese punto. Seguramente la literatura italiana ha sido la más prolífica en ese aspecto a partir del pensamiento de BRICOLA. Por un lado, MARINUCCI y DOLCINI reconocen la necesidad de legitimar la relevancia penal de los bienes jurídicos colectivos que cobran especial importancia en las áreas del derecho penal económico, el medio ambiente, las finanzas entre otras. En este punto, la crítica a la posición “personalista” de HASSEMER es intensa y busca en buen medida mostrar las desigualdades, inconsecuencia e individualismo que esconde la postura del magistrado alemán en este aspecto²⁹.

²⁸ Ver entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 116.

²⁹ Ver MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., ps. 404 y ss. En un sentido diverso, SGUBBI, Filippo, *El delito*

Sergio MOCCIA, al defender la aptitud limitadora de la noción de bien jurídico, señala en este punto que el daño social constituye la condición indispensable para que, por un lado, la generalidad de los ciudadanos aprueben la incriminación de una conducta y, a la vez, la persona concretamente imputada pueda legítimamente ser encaminada dentro de una acción resocializadora o, al menos, no desocializante. En ese razonamiento el aspecto subjetivo, de comprensión de la antisocialidad o el ataque significativo al bien jurídico, aparecen como fundamentales. MOCCIA considera que la vinculación del objeto de tutela con la realidad social juega un rol esencial en la legitimación de la decisión político-criminal. Un aspecto que pone en crisis esta percepción viene dado por la imposibilidad de alcanzar una metodología mecánica de subsunción que habilite la determinación precisa de los casos de punibilidad de aquellos de impunidad. Otro tanto ocurre con la necesidad de tutela anticipada de bienes ante la importancia de estos y las consecuencias sociales de su efectiva lesión.

Por eso, el maestro de Nápoles advierte que, si se entiende legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, decae del todo la función de limitación de este concepto³⁰.

Esto, ha de reconocerse, es un signo de la política criminal de nuestros días que se vale del instrumento penal para encerrar en un círculo de incriminación punitiva bienes jurídicos cuya naturaleza exige un campo de anticipación o aseguramiento distanciado de la efectiva lesión. En este punto, se busca integrar en el *telos* de la norma penal ciertos estándares de seguridad que hacen a la realización, indemnidad o significación comunicativo-social de determinados bienes. Por eso aparecen como entidades asumidas por la ley penal ciertas funciones de naturaleza administrativa, regulaciones de comportamiento, exigencias de aseguramiento, reducción de ries-

como riesgo social, Ábaco, Buenos Aires, 1998. Para profundizar en los términos de la discusión, FIANDACA, Giovanni, "Il bene iuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale", en *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.

³⁰ Cfr. MOCCIA, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", en *Política criminal y nuevo derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997, ps. 114 y siguientes.

gos y situaciones o estados de cosas consideradas abstractamente como recomendables para el desenvolvimiento social, más allá de la influencia mediata respecto de la materialización de bienes personales o sociales. De allí que esa ponderación político-criminal no siempre se refleje en la percepción subjetiva o individual del ciudadano. La cuestión llevada al campo que aquí interesa —criminalidad organizada— adquiere componentes de mayor complejidad, pues solo relativamente la noción de bien jurídico, diferenciada del orden público y la configuración normativa de la sociedad, posee alguna virtualidad. En muchos casos, la intención es asumir un peligro desde su más temprana exteriorización y tipificarlo como delito.

En este orden, se hace uso de *normas de flaqueo*, es decir, que surgen de una parcialización en la protección del bien jurídico, adoptando criterios de criminalización sobre cada una de las partes en que se lo ha dividido. Por eso es usual que esas normas supongan la “construcción” de bienes jurídicos que aparecen delante o a los flancos del bien jurídico que realmente se quiere atender. La utilización de fórmulas de peligro abstracto es en este punto habitual. Por eso, la noción de asociación criminal es una forma de adelantar de manera intensa la criminalización de comportamientos ordenados a la afectación de otros bienes jurídicos. La mera asociación con fines ilícitos es un estadio previo a la lesión, que en consecuencia viene atrapado por la decisión político-criminal.

En el caso del “delito organizado” la cuestión adquiere particularidades importantes en este punto, pues los bienes jurídicos particulares con él relacionados ya están amparados, en su mayoría, por otras normas. En el delito organizado, se trata de comportamientos que afectan un “bien jurídico” que esta prácticamente contiguo al que resulta la finalidad misma de naturaleza general de la política criminal, esto es, la tranquilidad y el orden social. Con esto se quiere decir que en materia de crimen organizado no se habla tanto de un bien jurídico particular cuanto de un bien jurídico macrosocial, de tipo institucional y vinculado de manera esencial con el orden público. Así visto, posee una cierta indeterminación para diferenciarse del cometido propio de la entera política criminal.

La idea de ilicitud, en este punto, supone la determinación de fenómenos en los que se disputa al Estado su rol en di-

ferentes campos de la convivencia: la seguridad pública, el mercado de bienes y servicios, las operaciones financieras, la movilidad entre fronteras de grupos de personas, la corrupción de las estructuras del propio poder o del mantenimiento extendido de la tranquilidad y la paz sociales. Si bien todo delito envuelve la idea de una afectación del orden —disvalor de acción, puesta en crisis de la vigencia normativa, quiebre del orden legal— en el caso de las situaciones que pretenden ser abarcadas por la noción de criminalidad organizada, el sesgo particular viene dado por esa competencia a la potestad del Estado expuesta de manera amplia e intensa. No se trata del desconocimiento de la autoridad legal del poder político merced a un hecho particular de desobediencia normativa, sino de comportamientos que excluyen, atacan o disputan ese poder a través de otras formas no legitimadas por el orden jurídico.

A pesar de que la idea de delito organizado implica la intervención de varias personas, no cualquier asociación de estas con fines ilícitos resulta en principio conforme con esta noción. La multiplicidad de intervinientes en pluralidad de ilícitos, por sí sola, no habilita para discernir la presencia de criminalidad organizada en los términos que aquí se evocan. Será en todo caso el grado de afectación del orden público —tipo de delitos, cantidad, medios utilizados, etc.— lo que permitirá asignarle a esa pluralidad asociativa el plus de criminalidad organizada. Por eso, si bien la asociación ilícita tipificada en el art. 210 del Cód. Penal argentino tiene numerosos puntos de contacto con el concepto de crimen organizado, no siempre resultan asimilables. El delito asociativo en la legislación argentina, como en buena parte del derecho comparado, no requiere las notas de internacionalidad o transnacionalidad, por ejemplo, o una referencia importante al beneficio económico, extremos que, sin embargo, en el plano comparado se le han asignado al concepto de crimen organizado.

Como se advierte, la identificación de los criterios de ilicitud en la selección del delito organizado se refiere a la noción de bien jurídico de una forma diferente a la de los delitos denominados “comunes”. En la determinación de la criminalidad organizada importa sobremanera la capacidad asociativa para poner al menos potencialmente en trance —amenazar— la potestad del Estado en algún área fundamental de las re-

laciones sociales, políticas, económicas o internacionales. De esa forma, la noción de bien jurídico no se presenta como especialmente operativa en la instancia de selección de los fenómenos criminales organizados, por cuanto la especificidad, en este caso, viene dada por la capacidad de poner en crisis aspectos que hacen a la función misma del orden penal, con cierta independencia de los delitos fines. Dicho de manera concreta, en el delito común la selección ha partido de criterios que de una forma u otra se diferencian por su especificidad de los conceptos propios de tranquilidad, orden y paz sociales. En el caso del crimen organizado, por el contrario, el criterio de identificación del ilícito parte de estos conceptos generales mismos —donde se relativiza la especificidad de los comportamientos— y se dirige de manera primordial hacia el modo, las circunstancias, la intensidad y los medios con los que se afectan.

§ 3. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO. — Un estudio comparativo de los sistemas penales permite discernir lo que es considerado de manera más o menos precisa el núcleo de la ilicitud que caracterizaría desde una perspectiva político-criminal al crimen organizado. En ese campo, una primera conclusión es que lo determinante a la hora de ponderar los comportamientos u omisiones como constitutivos de delincuencia organizada es la mayor capacidad de amenaza a la tranquilidad pública que supone una estructura tendiente, básicamente, a delinquir. De esa forma, lo que se presenta como núcleo de interés político es la organización criminal en sí misma, entendida como entidad que amenaza las regulaciones del Estado, incluso antes de concretar algún hecho ilícito. Por eso se suele distinguir entre la conducta asociativa misma y los delitos fines que se propone realizar orgánicamente.

Esta asociación delictiva, sin embargo, debe representar un mayor grado de agresión o peligro que la simple sumatoria de personas. Por eso se habla de organización o criminalidad organizada. La estructuración de los participantes es un punto relevante en la cuestión en tanto suponen medios y personas orientados a delinquir en ámbitos sensibles de la convivencia. Desde ese punto de vista, importa el nivel de amenaza que

representa para el orden público en general, para las instituciones políticas del Estado, pero también, y en especial, para el sistema socioeconómico y el respeto por las reglas de juego que regulan los intercambios sociales.

Nicola BARTONE, que ha dedicado varias investigaciones a esta cuestión dentro del ámbito europeo, explica que la alarma social que provoca un grupo criminal –piensa en la Mafia, la Camorra, la ‘Ndrangheta o la Sacra Corona Unita– es exponencialmente mayor que aquel emergente de un ilícito monosubjetivo, con prescindencia incluso de la entidad del crimen perpetrado. Por eso señala como aspectos significativos de la cuestión la injerencia de esos grupos en materia de estupefacientes, el orden público económico y financiero y el tráfico de personas³¹.

Como se ve, la política criminal asume dos perspectivas dentro de la cuestión: entidad subjetiva y orientación delictiva. Por la primera reúne los aspectos organizativos de los sujetos, valiéndose de criterios asociativos, de orden interno, capacidad, permanencia, medios, etc. Por la segunda, evalúa la dirección organizativa a la realización de ciertos comportamientos que por su entidad resulten una amenaza al orden social, político y económico. Ya se verá más adelante que, mientras esto en una primera instancia tenía una significación orientada al plano de la soberanía de cada Estado, por las características operativas de estas asociaciones, la cuestión se trasladó hoy al campo internacional y transnacional.

En consecuencia, la política criminal apunta a integrar dentro del concepto de crimen organizado la actividad grupal, más o menos estable, ordenada a la comisión de delitos considerados de gravedad. Por eso, el Consejo de la Unión Europea describió originariamente en 1998 a la organización criminal como una asociación estructurada de más de dos personas con estabilidad temporal, que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer delitos que contemplen una pena privativa de la libertad personal o con una medida de seguridad de igual característica, no inferior a cuatro años o con pena más grave, delitos que tengan como finalidad en sí misma

³¹ Cfr. BARTONE, Nicola, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 4.

o sean medio de obtener un beneficio material, o para influir indebidamente en la actividad de la autoridad pública.

La Convención de Palermo de las Naciones Unidas de diciembre de 2000 describe en el art. 2º al grupo criminal organizado como un grupo estructurado, existente por un período de tiempo, compuesto por tres o más personas, que actúan de manera concertada con el objeto de cometer uno o más delitos graves o aquellos establecidos dentro de la misma convención, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja financiera o material.

En esta descripción aparecen las perspectivas ya adelantadas. Por el lado de la configuración grupal debe atenderse a la estabilidad del grupo, lo que permite descartar dentro del concepto el acuerdo circunstancial o momentáneo para la realización del delito. A su vez, la idea de estructura marca un mínimo de organización que no se satisface como la simple coincidencia de varios en la realización del ilícito. Esto supone la distinción entre un delito asociativo y la simple participación o complicidad en un ilícito. Nicola BARTONE considera que es esencial en la cuestión la idea de *continuità nell'intenzione* para definir la existencia de un grupo criminal que se diferencia del mero concurso de personas. Esto significa dejar fuera de la noción estudiada los casos de comportamientos extemporáneos, fortuitos, circunstanciales, es decir ajenos a la idea de continuidad temporal de la orientación delictiva. Sin embargo, BARTONE hace una aclaración relevante: esta continuidad es grupal –no necesariamente individual–, lo que supone que habrá asociación criminal a pesar de la modificación material –de las personas individuales– en su interior³².

La definición de la Convención también aporta un dato significativo, como es el beneficio material –económico o financiero– que se transformará en un aspecto de gran interés en el análisis político-criminal. En efecto, esta apreciación determina que el crimen organizado ya no es solo un problema para los Estados considerados en su particularidad sino para el orden internacional. Así como los procesos económicos han derivado en uniones aduaneras, mercados comunes y regionales, en definitiva en un proceso de globalización, las aso-

³² Cfr. BARTONE, Nicola, ob. cit., p. 32.

ciaciones que serán definidas como criminales adquirirán un sesgo económico pero a la vez internacional³³.

Por eso, el hecho de que la organización criminal opere en los campos de relevancia económica y financiera determina que se adecue a la nueva configuración de los mercados. De allí que BARTONE explique que el crimen organizado se ha transformado en un fenómeno internacional primero y transnacional después.

Según el especialista italiano, se define como internacional al grupo criminal cuando no opera únicamente en los límites de un estado sino que desenvuelve sus actividades fuera de éste, con el auxilio de sus propios integrantes y mediante recursos que se provee allí mismo o envía desde sus bases territoriales. Por el contrario, "transnacional" significa cooperación entre grupos criminales operantes en cada territorio, que constituyen así una red de administración o gestión de ciertos mercados ilícitos³⁴.

La Convención de las Naciones Unidas en Palermo de diciembre de 2000, en su art. 3.2, define al delito transnacional como aquel que *a)* se comete en más de un Estado, *b)* cometido en un Estado, sin embargo una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control viene efectuada en otro, *c)* cometido en un Estado pero en el que está implicado un grupo criminal que actúa en más de un Estado y, finalmente, *d)* cometido en un Estado pero con efectos sustanciales en otro.

Queda claro que paralelamente a este fenómeno, los Estados en su progresiva integración asumen que hay ciertos comportamientos criminales que por las características antes mencionadas deben ser considerados un rival en el campo de las decisiones y regulaciones políticas. El art. 2º del Tratado de la Unión Europea habla del aseguramiento de la libre

³³ Es interesante en este punto considerar la crítica que dirige MOCCIA al *Corpus Iuris Europeo*, que ha puesto el primer acento en materia penal comunitaria en los intereses de tipo financiero y económico, postergando otros bienes jurídicos que clásicamente han tenido una mayor significación y constituyen, como ya se dijera, el primer paso fundamental en la operatoria del derecho penal. Ver "La involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del *Corpus Iuris*", en la obra colectiva *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001, ps. 35 y siguientes.

³⁴ Cfr. BARTONE, Nicola, ob. cit., p. 10.

circulación de las personas junto con las medidas apropiadas en lo concerniente al control de la fronteras externas, el asilo, la prevención de la criminalidad y la lucha contra esta última. Esta es la razón por la cual Giovanni GRASSO considera que no es posible ya dejar en manos del derecho de cada Estado la cuestión penal y propone la formación de un derecho penal europeo que vaya más allá de los tipos penales relativos al fraude comunitario³⁵.

En este punto se deja ver el impacto que la descripción del crimen organizado tiene sobre las formas de respuesta político-criminal. Por un lado, en el derecho penal de fondo surgen problemas de tipicidad, tanto para dar adecuada subsunción a la formación misma de la asociación como delito autónomo, cuanto a las figuras que pretenden definir los delitos fines más importantes en esa consideración. Un punto especial se vincula con los criterios de autoría y participación que permiten definir la intervención delictiva en la asociación, pero también en cuanto a la imputación personal en los casos de delitos conexos. Por otro lado, las características mismas del delito asociativo suelen alterar los institutos procesales tradicionales, tanto en lo que se refiere a la integridad de cada sistema de enjuiciamiento particular, cuanto a las exigencias de congruencia entre distintos esquemas procedimentales, atendiendo a la faz internacional o transnacional de los grupos implicados.

En estas cuestiones, a las que cabe sumar las relativas al cumplimiento de la pena, se pone en evidencia la dialéctica marcada páginas atrás entre la racionalidad material, anclada en principios y valores, y la pretendida eficacia del sistema. La problemática del crimen organizado lleva al límite las cuestiones de legitimidad del poder punitivo del Estado conforme a los principios propios del ordenamiento legal. En el extremo del problema, se instala la cuestión del terrorismo como fenómeno que si bien integra aspectos identificables en la idea de criminalidad organizada, agrega particularidades de orden político e internacional que no pueden obviarse.

La peculiaridad de las respuestas que el sistema penal ha adoptado frente a estos fenómenos criminales ha llevado

³⁵ Cfr. GRASSO, Giovanni, "Prospettive di un diritto penale europeo", en la obra colectiva *Diritto penale europeo*, ya citada, p. 3.

a los estudiosos a reflexionar sobre la base de ciertos modelos de respuesta político-criminal que identifican a través de conceptos de fuerte impacto, con la finalidad de diferenciarlos del denominado “derecho penal clásico” o tradicional.

§ 4. UN DERECHO PENAL CON GARANTÍAS DIFERENCIADAS. — Jesús SILVA SÁNCHEZ, tras un análisis de las razones que ha motivado la creciente expansión del derecho penal en nuestro tiempo, introdujo la idea de “velocidades” diferentes según las consecuencias penales previstas para ciertos comportamientos.

Contrariamente a la idea de un derecho penal mínimo como exponente de un modelo probable de respuesta política criminal, el autor español pone en evidencia que la realidad de nuestro tiempo progresa a través del incremento de las áreas asignadas a la regulación penal. Este proceso histórico viene marcado por la introducción de nuevos tipos penales o una agravación de los existentes, junto con una reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y procesal. En particular, el fenómeno de la expansión penal aparece a través de la creación de nuevos bienes jurídicos penales, ampliación del espacio de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantías³⁶.

Esta situación ha sido interpretada de manera diversa, según ángulos ideológicos, jurídicos y políticos. Así, por ejemplo, MOCCIA califica como respuesta *emergenziale* a la reacción penal del Estado que tiende a ampliarse hacia nuevos bienes jurídicos difusos que impiden cumplir con los criterios de taxatividad y determinación propios de la legalidad penal³⁷. Sin embargo, las demandas de mayor seguridad aparecen como un dato real y surgen de un amplio arco del espectro político.

Esto es mostrado en la obra de SILVA SÁNCHEZ a través de la aparición efectiva de nuevos riesgos, la distribución de cargas y responsabilidades tendientes al aseguramiento frente

³⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión...*, ya citada, p. 20.

³⁷ Cfr. MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997 y más recientemente, *La promessa non mantenuta*, de la misma editorial, 2001.

a ellos, la sensación social de inseguridad³⁸ por la cual se busca en el derecho penal —no en el policial— la respuesta habitual, la identificación con la víctima, el descrédito de otras instancias de respuesta, las políticas de la nueva izquierda y el proceso de globalización³⁹.

Frente a esta situación, SILVA SÁNCHEZ encuentra que el derecho penal progresivamente se ha ido administrativizando, en tanto se ha modificado la estructura y el contenido de los tipos penales, protegiendo contextos de tipo genérico donde no es necesaria la lesión de un bien jurídico. Por eso se ha incluido como objeto de protección la propia actividad administrativa o reguladora del Estado, asumiendo ámbitos especialmente propensos a la creación de riesgos como campos de una intervención preventiva de fuerte anticipación. Esto conlleva políticas de vigilancia y respuestas de tipo inocuizante, a través de medidas de seguridad.

La descripción de esta instancia expansiva del derecho penal plantea una grave disyuntiva que SILVA SÁNCHEZ busca resolver con su propuesta de un derecho penal con niveles de funcionamiento diferenciado. En primer lugar, el autor español rechaza la posibilidad de una vuelta al denominado “viejo y buen derecho penal liberal”. Esto se explica en tanto nuestro autor sostiene que las posturas actuales fundadas en ese concepto hacen una recreación idealizada de este derecho penal que en verdad nunca existió. En cierto forma, también PRITTWITZ y NAUCKE han puesto de manifiesto opiniones similares. Por eso SILVA SÁNCHEZ asume que no es posible una marcha atrás en la protección de los nuevos bienes jurídicos, lo que determina una situación de tensión con las garantías propias del sistema de legalidad penal.

Actualmente, la mayoría de los sistemas conmina con penas privativas de la libertad supuestos de hecho que corresponden a cuestiones propias de la administrativización sufrida por el derecho penal, donde las reglas de imputación tienen una menor rigidez y hay garantías penales menos estrictas. Es aquí donde el maestro español habla de la necesidad de

³⁸ La cuestión de las sensaciones sociales, las actitudes punitivas y la alteración social a través de los medios también ha sido puesta en evidencia por DIEZ RIPOLLES en *La racionalidad...*, ob. cit., ps. 24 y 25.

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ob. citada.

“velocidades” diferentes, a partir de una directa relación entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación. De esa forma resuelve el problema apelando al principio que exige garantías mayores en sentido proporcional a la entidad de las consecuencias penales y viceversa. Es decir que no es necesario que en todo el sistema penal existan las mismas garantías, sino que estas deben ser estrictas cuando la conminación de consecuencias se refiere a penas privativas de la libertad y más flexibles cuando se trata de otras medidas⁴⁰. De allí también su propuesta de reducir el campo de aplicación de las penas privativas de la libertad para permitir la coexistencia dentro del sistema de estas dos velocidades, manteniendo garantías cualificadas cuando se trate de sanciones de aquella naturaleza y flexibilizándolas en las restantes.

Claro está, el análisis de estos planteos obliga a evaluar una realidad que no se adecua a la propuesta de SILVA SÁNCHEZ. Justamente es lo que sucede cuando, a pesar de preverse penas privativas de la libertad, el sistema reduce las garantías y flexibiliza los criterios de imputación. En este caso, dice SILVA SÁNCHEZ, aparece una tercera velocidad, que si bien se verifica en materia del derecho penal económico, se hace presente con particular intensidad frente al crimen organizado, la delincuencia social y el terrorismo.

Ya en este punto, aparece el denominado por JAKOBS “derecho penal del enemigo”, es decir, un derecho que a diferencia del que se utiliza para resolver los conflictos comunes entre ciudadanos, opera frente a aquellos que por su habitualidad, reincidencia, profesionalidad delictiva, puesta en crisis del orden estatal, no dan ninguna seguridad cognitiva. SILVA SÁNCHEZ dice que este derecho es el derecho de las medidas de seguridad, aplicable a imputables peligrosos. Sin embargo, en la realidad, estos delitos que no afectan un bien jurídico en concreto sino todo el derecho determinan el incremento de penas y la relativización de las garantías sustanciales y procesales.

SILVA SÁNCHEZ advierte que estamos a las puertas de un derecho de guerra, de emergencia, donde se renuncia, frente a la excepcionalidad del conflicto, a soportar los costos de la

⁴⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión ...*, ps. 148 y siguientes.

libertad de acción. Por eso se pregunta si cabe entonces hablar de un derecho penal o se trata en realidad de un no-derecho⁴¹.

Llevada la cuestión a nuestro tema, podemos interrogarnos si las características de gravedad, excepcionalidad y emergencia que se detallan en este "derecho de guerra" o "derecho penal del enemigo" son verificables en la generalidad de los casos de criminalidad organizada. La respuesta en principio parece negativa y solo cuando la cuestión del terrorismo se integra en este punto surgen dudas al respecto. Y esto, a nuestro entender, es lo mismo que preguntarse si el terrorismo puede ser enfrentado con el derecho penal o si requiere una instancia diferenciada de derecho, adecuada a las características cuasibeligerantes que asumen esos comportamientos.

La realidad político-criminal muestra sin embargo que las líneas que definirían un "derecho penal del enemigo" o de una tercera velocidad son habituales en la instrumentación de la política criminal, no solo frente al crimen organizado sino frente a comportamientos donde las calidades del autor marcan un grado de peligrosidad que es respondido penalmente, pero con criterios de aseguramiento —medidas— antes que de conformidad con los principios fundamentales.

Parece necesario entonces describir de qué se trata este derecho penal utilizado en la respuesta política contemporánea frente a determinados individuos y grupos criminales.

§ 5. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. — Durante 1985, Günther JAKOBS, analizando críticamente la situación del derecho penal alemán, consideró que se trataba de un derecho penal de enemigos. Con esto quería significar que en el derecho penal se distinguía conforme modos de tipicidad, imputación, consecuencias penales, reglas de procedimiento, etc., entre un imputado-enemigo o criminal-enemigo y un imputado-ciudadano o criminal-ciudadano. La existencia de un derecho penal de enemigos, decía JAKOBS entonces, no es signo

⁴¹ Ídem, p. 166.

de la fortaleza del estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe⁴².

Según PRITTWITZ, el sesgo crítico con el que JAKOBS utilizó este nuevo concepto no se mantuvo en los últimos tiempos, en particular a partir de la conferencia de Berlín de 1999, donde a su entender el profesor de Bonn ha presentado una cierta justificación y legitimidad para ese modelo. Sin embargo, PRITTWITZ ahora, como Puppe y Esser en su momento, plantea reparos al uso mismo de la denominación⁴³.

En buena medida, lo que provoca esta reflexión es si la noción de derecho penal del enemigo responde solo a funciones descriptivas de una situación o representa un modelo interpretativo que admite su configuración normativa frente a determinadas situaciones. Manuel CANCIO MELIÁ entiende que la noción de derecho penal del enemigo resulta un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito de gran relevancia en el actual sistema punitivo. Sin embargo —aclara— en cuanto derecho positivo solo nominalmente es una parte del sistema legal, pues supone una contradicción en los términos⁴⁴.

Por eso PRITTWITZ afirma que desde una perspectiva puramente científica y no política, debe admitirse que una gran parte del planteamiento formulado por JAKOBS merece aprobación. Esto, de todos modos, no implica que se respalden las consecuencias que JAKOBS extrae del modelo. En particular, PRITTWITZ niega que en la realidad existan esos “enemigos” o “no personas” a las que se refiere la noción estudiada, pero resulta peligrosa su consideración en virtud de que la sociedad actual tiende a distinguir entre buenos y malos, enemigos y amigos. Esto, a su modo de ver, ha perjudicado el debate sobre las alternativas del derecho penal legítimo, la formulación de un derecho penal de intervención u otras variantes que no representan el autoritarismo y la militarización del sistema penal⁴⁵.

⁴² Cfr. su estudio ya citado, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, p. 322.

⁴³ Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?”, en *La política criminal en Europa*, ob. cit., ps. 107 a 120.

⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en la obra compartida con JAKOBS bajo el mismo título, Civitas, Madrid, 2003.

⁴⁵ Cfr. PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo . . .”, ob. citada.

Conviene, pues, analizar el pensamiento de JAKOBS en este punto, en atención sobre todo al debate que se ha abierto sobre la noción de “derecho penal del enemigo”⁴⁶, su aptitud explicativa y descriptiva, sus caracteres de supuesto modelo de implementación, su valor deslegitimante o al contrario legitimador, frente a las medidas de política criminal que se vienen aplicando en los supuestos de criminalidad organizada y terrorismo.

Explica JAKOBS que los conceptos de “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano” constituyen dos tipos ideales, pues en ambos se mezclan levemente ideas del otro. Sin embargo, y aquí aparece uno de los aspectos de la crítica que se le dirige –por ejemplo, CANCIO MELIÁ–, considera que no se trata de dos esferas aisladas del derecho penal, sino de la descripción de dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal. De manera polémica, JAKOBS asume que no siempre la denominación “derecho penal del enemigo” puede verse como meramente peyorativa, pues si bien supone una aptitud pacificadora insuficiente, lo cierto es que esto no sucede siempre por culpa de los pacificadores sino también de los rebeldes. A su entender, al menos este derecho penal supone un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de dejar librada la cuestión a conductas espontáneas o impulsivas.

Para comprender mejor el problema, es necesario recordar que en el sistema de JAKOBS, el derecho penal tiene por función garantizar la vigencia de las expectativas normativas de la sociedad frente a los comportamientos que expresan una máxima incompatible con las normas que orientan las relaciones sociales. Por eso, tanto el delito como la pena son expresión de un significado comunicativo. Mientras el delito expresa una configuración contraria a la esbozada en la vigencia normativa, la pena pretende mantener las expectativas defraudadas por ese comportamiento. La pena actúa así contrafactivamente, es decir, a pesar de la evidencia empírica que supone la expresión delictiva.

La pena significa que la norma sigue vigente a pesar de los hechos que la han puesto en crisis, a pesar del delito

⁴⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

que expresa un modo de configurar el mundo diverso al normativamente expresado.

La expresión de sentido –delito– a la que se le imputa la pena es consecuencia del reconocimiento como persona de quien la exterioriza. La persona es construida por el sistema social y en virtud de su capacidad de sentido se la diferencia de otras exteriorizaciones similares que pertenecen, sin embargo, al mundo de los fenómenos naturales⁴⁷. Por eso, es autor de un delito quien puede expresar sentido a través de sus comportamientos. Sobre esas bases –dice JAKOBS– el Estado moderno ve en el autor de un hecho normal a un ciudadano, a una persona que ha dañado la vigencia de la norma. En ese orden, la coacción se dirige a equilibrar el daño causado mediante la pena, es decir mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que permite así sostener las expectativas defraudadas. Esto –aclara JAKOBS– solo es posible en la medida que el autor ofrezca garantías de que se conducirá a grandes rasgos como un ciudadano, es decir, como persona que actúa en términos generales con fidelidad al ordenamiento jurídico.

Así, el delito es un hecho que significa la desautorización de la norma, un ataque a su vigencia y la pena también es expresión de significado; significa que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto la configuración de la sociedad. Esa interacción simbólica determina que el autor ha sido tomado en serio, como persona que hace necesario contradecir su hecho.

Sin embargo, la pena también produce algo en forma física y empírica. En la práctica, quien está preso no puede cometer delitos. Aquí aparece el efecto de aseguramiento de la pena; en este orden, la sanción no pretende significar nada, sino que es efectiva. Cuando se busca que la pena sea pura efectividad, aseguramiento fáctico, en realidad no se está dirigiendo contra una persona en derecho, sino contra un individuo peligroso.

En este punto, la consecuencia jurídica se dirige más al futuro –peligro– que al pasado –retrospectiva propia de la pena–. En consecuencia, se trata al sujeto como peligroso y

⁴⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 29.

lo que se pretende no es comunicar algo sino luchar efectivamente contra el peligro.

Por eso, dice JAKOBS, el derecho es vínculo entre personas que son titulares de derechos y obligaciones. El enemigo, por el contrario, se relaciona mediante la coacción. Las primeras están en un ámbito social; las segundas se niegan a él.

Ahora bien, como la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco puede serlo la personalidad. En el sistema social, las conductas conforme a las normas realmente deben ser esperables en lo fundamental, esto es, que los otros puedan partir del cálculo de que todos nos comportamos conforme a ellas. Debe haber una cierta corroboración cognitiva de esa fidelidad. Sin esta seguridad suficiente, la vigencia de la norma desaparece y se convierte en promesa vacía. Quien muestra una actitud duradera de defraudación normativa —dice JAKOBS— hace que disminuya la disposición a que se lo trate como persona.

Para JAKOBS, en los casos de terrorismo y crimen organizado, los individuos se han apartado de manera duradera y decidida —eso se piensa— y no poseen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como personas. Por eso la respuesta tiende a la eliminación de un peligro, se adelanta la punibilidad hacía el momento preparatorio del comportamiento y la pena se dirige primordialmente al aseguramiento ante hechos futuros y no tanto a la sanción de los cometidos.

Eso explica, según JAKOBS, que si bien los delitos siguen siendo tales, aunque sean hechos con intenciones radicales y a gran escala, el problema es que no ofrecen expectativas de fidelidad al orden normativo. Por eso afirma de manera terminante que aquel que incluye al terrorista en el concepto de delincuente-ciudadano no puede asombrarse si se mezclan los conceptos de guerra y proceso penal.

Su postura en este punto muestra una terrible disyuntiva: quien no quiera privar al derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas con el estado de derecho, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer con los terroristas si no se quiere sucumbir. Debería, a su entender, llamarlo justamente “derecho penal del enemigo” o guerra refrenada.

El derecho penal de nuestros días reconoce así dos polos o tendencias.

En esa perspectiva, JAKOBS advierte que en el caso del terrorista, lo que se llama “pena” es en realidad una custodia de seguridad, atenta a la peligrosidad antes que a la culpabilidad. Ciertamente no cualquier delito o delincuente puede llegar a ser considerado de esta manera. El delincuente-ciudadano permite una expectativa de fidelidad normativa que el delincuente-enemigo descarta. La respuesta política a esta distinción debe tener en cuenta, según JAKOBS, que toda normatividad, incluida la del orden jurídico, necesita alguna corroboración o cimentación cognitiva –real o empírica– para ser portadora actual de significación y expectativas en la sociedad.

Llegados a este nivel, JAKOBS considera que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos son un ejemplo de la utilización del derecho penal como un medio de creación de la vigencia de la norma –antes que su restablecimiento–. En muchos casos dice –por ejemplo, el de la ex-Yugoslavia–, se trata del establecimiento mismo del estado de derecho, cuya situación anterior asimilaba a un estado de naturaleza. Por eso, a los autores de graves violaciones a los derechos humanos se los enfrenta como en una guerra, ya que no ofrecen seguridad cognitiva como personas. Consecuentemente, no se los trata como ciudadanos culpables sino como enemigos peligrosos –caso Milosevic– respecto de los cuales hay que asegurarse.

En resumidas cuentas, JAKOBS considera que todavía no es posible resolver si el denominado “derecho penal del enemigo” se revela como verdadero derecho. Sin embargo, entiende que se puede particularizar por los siguientes contenidos: *a)* amplio adelantamiento de la punibilidad, *b)* falta de reducción de la pena proporcional a ese adelantamiento, *c)* paso de una legislación de derecho penal a una de lucha para combatir fenómenos criminales, y *d)* supresión de garantías procesales⁴⁸.

⁴⁸ Ver en este sentido uno de los últimos trabajos de JAKOBS donde aborda el tema: “La autocomprensión de la ciencia del derecho penal”, en la obra coordinada por Muñoz Conde, ya citada, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 58 y 59.

§ 6. LINEAMIENTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO. — Las reflexiones precedentes, sin duda escasas en orden a satisfacer la compleja trama de cuestiones que se plantean, muestran, sin embargo, algunos puntos que han justificado la construcción de la decisión política de enfrentar fenómenos a los que se denomina de “criminalidad organizada”. Contemporáneamente, este mismo estudio ha puesto de manifiesto los desafíos y riesgos de esa decisión política de cara a principios y garantías propias del derecho penal tradicional.

Cabe, a modo de recapitulación, indicar en primer lugar que la noción de “crimen organizado” es antes un producto de política criminal que una necesidad de la teoría del delito o de la consideración dogmática. Esto quiere decir que la capacidad de rendimiento del concepto es predominantemente política antes que científica. Supone, pues, una idea, elaborada con criterios de naturaleza comunicativa y simbólica que sirven para brindar los fundamentos de una política de “lucha” con caracteres de excepcionalidad o emergencia.

En el campo de la teoría, la noción de crimen organizado provoca una serie de dificultades respecto de la idea de *tentativa*, la conceptualización de los denominados *actos preparatorios* no punibles, la *imputación de comportamiento*, *autoría* o *participación* y a la postre en cuanto a la *imputación personal*. De todos modos, desde la perspectiva dogmática, tomada ya la decisión política de construir esta noción, no queda otro espacio que el del análisis crítico de su utilización legal.

En segundo lugar, la legitimidad de la determinación del concepto está abierta a valoraciones en el campo mismo de la política criminal y obviamente en el de la teoría del delito a partir de su contenido. Con esto se quiere decir que la noción de crimen organizado por sí sola no permite expresar—digamos que naturalmente—lo que viene a significar. El género común de la noción, sin embargo, viene dado por comportamientos que de manera intensiva ponen en crisis la potestad política de orden público—nacional, regional, internacional o global—. En este aspecto, el dato histórico del fenómeno organizado aparece en la consideración de asociaciones como la mafia, la camorra, etc., que vienen constituidas ante el vacío de poder político y luego como disputando ese campo de competencias al Estado ya estabilizado. Por eso el dato

de contenido material fundamental debe ser extraído de esta situación, extremo que deslegitimaría su uso —incluso político— aplicado a formas de asociación que no impliquen esa puesta en peligro.

A partir de ello, y ya como un tercer aspecto a ponderar, aparece la problemática de construir tipos penales que satisfagan las finalidades de política criminal y a la vez el marco de legalidad que regula la respuesta estatal punitiva. Como el concepto de crimen organizado es de tipo normativo, sumamente abierto y expresivo de una mera situación de peligro, debe someterse a un escrutinio estricto en el momento de elegir la respuesta legislativa, pero, sobre todo, en la etapa de aplicación de la norma. El modo de interpretación de los tipos penales es el elemento clave que hace a la constitucionalidad o no del instrumento legal escogido por el legislador. De allí la responsabilidad de los tribunales.

Un punto relevante en esta cuestión, que configuraría un cuarto aspecto de análisis, viene dado por la necesidad de un contexto congruente de respuesta política, ya que, por principio, buena parte del crimen organizado es de tipo internacional o transnacional. De esa forma, la construcción de reacciones meramente nacionales no parece satisfacer los estándares de prevención y represión de ese fenómeno. Por eso, no puede elaborarse la política criminal de manera autónoma, es decir, sobre la base de la soberanía excluyente de los Estados implicados sino de manera coordinada, regional al menos.

Esto, ya en una última instancia crítica, nos pone frente a los desafíos a la legalidad que impone la noción de crimen organizado. En resumidas cuentas, bajo la denominación de “derecho penal del enemigo” se inscriben decisiones de política criminal que no resultan tan excepcionales como parece indicar la mención, ni son competencia única de respuestas al crimen organizado o al terrorismo. Esa caracterización se ha extendido, como el propio JAKOBS lo mostrara en su oportunidad, hacia fenómenos de diversa naturaleza.

En ese punto, entonces, la labor del científico penal y del jurista que opera en la instancia de aplicación de la norma se ordena a evaluar de cara a la legalidad los criterios que se adoptan en materia de política criminal. Estas decisiones están en muchos ocasiones en el límite de su procedencia cons-

titucional, por eso es bueno identificar esos aspectos que pueden poner en crisis la legalidad penal: *a)* adelantamiento de la punibilidad, es decir, la asunción como delictivos de comportamientos que en lo fáctico representan actos de preparación u organización; *b)* incremento de penas, lo que Manuel CANCIO MELIÁ describe como "punitivismo". Ese aumento de la penalidad, en algunos casos manifestamente desproporcionada, supone la utilización de la pena como una medida de aseguramiento; *c)* esto encuentra sustento en la perspectiva que privilegia la valoración del autor por sobre el hecho. Se trata de evaluar la peligrosidad del individuo en sí misma, respecto de la cual el comportamiento es solo una exteriorización sintomática de esa peligrosidad; *d)* esto conduce a la ubicación del concepto de peligrosidad como centro de la respuesta político-criminal, desplazando criterios de culpabilidad; *e)* a su vez, la teleología de la sanción está atenta a finalidades de seguridad que implican, en muchos casos, la inocuización del sujeto, su neutralización; *f)* por eso, en el campo penitenciario se lo priva de beneficios comunes a otros condenados, se agravan las condiciones de detención y se lo sujeta a regímenes especiales; *g)* en el orden procesal se recurre a la utilización de institutos de excepción, flexibilización de garantías y sistemas especiales de formación y ponderación de las pruebas, y *h)* paradójicamente, también se recurre a criterios simbólicos, esto es, de orden comunicacional y prevención positiva que relativizan la importancia real de la actuación en aras de la imagen política que pretende transmitirse.

Como se deja ver en esta lista no exhaustiva, la decisión político-criminal de configurar el concepto de crimen organizado de una manera más o menos extendida provoca una serie de desafíos, no solo en el plano de la praxis preventivo-judicial, sino también en el orden de la ciencia penal.

CAPÍTULO II

LOS TIPOS PENALES RELACIONADOS CON EL CRIMEN ORGANIZADO*

§ 7. EL PROBLEMA. — Como quedó indicado precedentemente, uno de los problemas más importantes de la política criminal ante el fenómeno criminal organizado lo constituye la configuración de los tipos penales. El concepto de crimen organizado es difícil de definir, e incluso demasiado complejo como para poder describirlo con cierta precisión. Sin embargo, como en el nivel nacional e internacional ya se ha tomado la decisión de enfrentar este tipo de criminalidad, es importante que los estudiosos y los funcionarios judiciales busquen fórmulas de análisis que permitan identificar este fenómeno y utilizar criterios de imputación que respeten las garantías fundamentales del Estado de derecho.

El crimen organizado es un verdadero desafío, no sólo a la estructura tradicional del sistema penal sino también a todo el esquema fundamental del poder político, administrativo y económico sobre el que se construye la noción de lo público, sea este de nivel estatal, internacional o global. Por eso explica Sergio MOCCIA que el crimen organizado adquiere una significación particular a partir de la crisis política e institucional, que se concreta en la perversión de los controles y límites del poder, la corrupción, la lucha pública y privada por espacios de dominio político y económico. En términos duros, nos dice el profesor de Nápoles que existe una degeneración criminal en la gestión de la cosa pública. En ese contexto se puede entender el crecimiento de la criminalidad

* Por GUILLERMO J. YACOBUCCI.

organizada, su extensión territorial, su carácter transnacional y su influencia en el circuito económico, financiero y político. La respuesta penal a ese fenómeno adquiere entonces el aspecto de una "lucha" y posee características que MOCCIA define como propias de una situación de emergencia: "la criminalità organizzata rappresenta una tipica espressione di normativa emergenziale, con tutti i difetti che connotano questo tipo di provvedimenti: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie"¹.

La respuesta penal al crimen organizado requiere entonces un estudio desde diversas perspectivas. En este caso, el objeto principal de análisis será la constitución de tipos penales que describen como punible la instancia misma de la asociación con fines delictivos. Esto es, tipos que adelantan la criminalización al momento previo a la concreción de delitos en particular, asumiendo como ilícita la decisión compartida de realizarlos de manera indeterminada y dentro de ciertas modalidades.

Básicamente, un relevamiento comparado de los regímenes penales muestra que las decisiones de política criminal en materia de tipificación contra el crimen organizado responden a tres modelos. El primero considera suficiente la elaboración de tipos penales específicos que describen las conductas propias de lo que se define como criminalidad organizada. En este caso, la estrategia pone el acento en un grupo de delitos o crímenes que por sus características exigen una organización criminal que al mismo tiempo pone en crisis intereses estatales o supranacionales de gran significación. Dentro de ese orden, aparece lo vinculado con el narcotráfico, la defensa del orden político institucional, el tráfico de materiales sensibles —armas, explosivos, etc.—, culturalmente significativos —obras de arte, informaciones técnicas— o humanamente irrenunciables —trata de blancas, inmigrantes, partes anatómicas— y los relativos al orden económico y financiero nacional

¹ Cfr. MOCCIA, Sergio, "Prospettive non 'emergenziale' di controllo dei fatti di criminalità organizzata", en *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, ps. 151 y ss. En sentido similar, MOCCIA en *La perenne emergenza*, Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, ps. 27 y siguientes.

y supranacional². En esta variada lista de bienes jurídicos tutelables, se aprecia que lo importante es el interés del Estado por la regulación de estas cuestiones y la disputa que observa en cada uno de esos campos por parte de organizaciones ilícitas. Este modo de encarar la cuestión tuvo su época de desenvolvimiento hasta la década de los años ochenta.

Una segunda opción es la de tipificar como delito la instancia misma de formación de la organización criminal, con cierta independencia de los delitos-fines que pueda perseguir. En este punto, las legislaciones recurren según la antigüedad del tipo penal a formas tradicionales de perseguir la reunión de personas con fines ilícitos que pueda producir cierta alarma social. Aquí se muestra como problemático hacer una distinción políticamente eficaz y jurídicamente exigible, entre el concurso más o menos orgánico de individuos con objetivos ilícitos, y lo que, según quedó visto en el capítulo anterior, cabe definir como delincuencia organizada. Como se dijo ya, no toda asociación, ilícita o criminal merecerá la denominación técnica de "crimen organizado". De todos modos, en tanto fenómeno de tipo asociativo, la criminalidad organizada tiene puntos en común con la asociación ilícita.

Por eso, puede haber dificultades a la hora de interpretar estos tipos penales y distinguirlos adecuadamente de las bandas, cuadrillas o meros concursos de personas. En este punto, habría que definir cuáles son los delitos propios del crimen organizado: si sólo los de mayor gravedad o cualquiera que realice la organización sin importar la trascendencia del ilícito. Por ejemplo, si será crimen organizado el hecho que un grupo de personas se asocien con el fin de explotar ilícitamente el bingo o el juego clandestino; si también lo será, si la finalidad es explotar una red de contraventores policiales (venta ilegal en la vía pública, mendicidad, etc.), o si, por el contrario, sólo habrá crimen organizado en casos de delitos graves, buscando en este punto un estándar adecuado (p. ej., importancia

² Es importante resaltar que en todos estos campos aparece el problema de la corrupción de los agentes públicos, tanto los de orden político institucional como los de la prevención. Por eso, Stefano MANACORDA, en su detallado estudio, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Eugenio Jovene, Napoli, 1999, p. 24, explica que a partir de mediados de los años '70, el aumento de la influencia corruptiva de las grandes empresas sobre los oficiales públicos se ha constituido en una constante criminológica de carácter internacional y transnacional.

de las penas). Repárese que en la experiencia de la Unión Europea las referencias primarias a la delincuencia organizada han surgido de los delitos económicos y financieros relacionados con aspectos de la burocracia directiva de la Comunidad. Han quedado fuera del interés primario delitos de gravedad relacionados con los derechos personales.

Finalmente, hay una tercera opción, que es en nuestro tiempo la más extendida. En estos casos, la decisión de política criminal asume la criminalización no sólo de la instancia asociativa en sí misma, sino también la de un universo de delitos considerados graves y propios de la criminalidad organizada. De este modo, se castiga fuertemente la formación de la asociación con independencia de su exteriorización delictiva concreta y, al mismo tiempo, se pune de manera extremadamente grave cada hecho específico de tipo ilícito que ejecuta. En este punto es donde se plantean graves dificultades de cara a los principios que regulan la política criminal del Estado de derecho, ya que se pone en duda la proporcionalidad, legalidad y fundamentación del reproche personal respecto de los integrantes de la asociación. A ese orden pertenecen las discusiones acerca de la legitimidad de fórmulas anticipadas de punición, criterios de pertenencia a la asociación, imputación de autoría o participación en los delitos-fines y consecuentemente a todo ello, los requisitos de culpabilidad.

En buena medida entonces, la opción político-criminal más extendida es la de constituir un tipo penal autónomo de crimen organizado —aspecto propuesto en los encuentros internacionales— mediante la enumeración de sus elementos constitutivos, mencionando entre ellos la vinculación con los delitos considerados más graves y a la vez, en virtud de esos mismos intereses internacionales, asumir en el catálogo de tipos penales ciertos comportamientos. Un ejemplo de ello se muestra en los casos del lavado de dinero y el terrorismo.

Frente a esta verificación, sobre cuyo contenido se hará mérito más adelante, corresponde advertir que el análisis de los tipos penales propios del crimen organizado se ubica dentro del marco general de transformaciones del derecho penal tradicional. Es por eso que, antes de comenzar con el estudio particular de esas formas de tipicidad, conviene situar el problema en el campo más amplio de la discusión sobre el sentido del derecho penal y las características de la teoría

del delito³. La respuesta al fenómeno criminal organizado modifica criterios vinculados al tipo penal, la autoría y la participación, la pena y las medidas de seguridad e incluso el sistema de garantías e instituciones del proceso penal⁴. Pero esta situación no es un atributo exclusivo y excluyente de las formas de lucha contra la criminalidad organizada, sino que se aprecia en comportamientos ajenos a esos campos; circunstancia que demostraría una característica propia o general de la política criminal de nuestros días. Esto significa que hablar hoy de crimen organizado supone también entender qué está pasando con la discusión acerca de los contenidos tradicionales de la teoría del delito.

Por eso nos permitiremos reseñar en el curso de este capítulo algunas cuestiones fundamentales que seguramente facilitarán la comprensión de la situación. En ese punto resulta de interés verificar, al menos someramente, cuáles son las funciones y características de los tipos penales dentro de la teoría del delito. De esa manera se podrá entender mejor la necesidad de discernir un concepto general de crimen organizado. Es decir, cuáles son los puntos principales que tiene en cuenta la política criminal para crear los tipos penales con los que enfrenta ese fenómeno criminal.

Esto, sin embargo, no se hará en un nivel meramente teórico, sino que se recurrirá a la identificación en el derecho comparado de las fórmulas más usuales con que la política criminal enfrenta al crimen organizado. En este punto, la cuestión pasa por ver en algunas legislaciones latinoamericanas y europeas los modelos más utilizados de tipos penales.

Finalmente, se buscará analizar, a partir de algunas de esas fórmulas, cuáles son los problemas que desde la tipicidad se plantean para la interpretación judicial. En esta área, la idea es poder mostrar cuáles son los puntos más problemáticos

³ Sobre la cuestión puede verse SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001. Dice el autor español que para entender el avance del derecho penal es necesario considerar los cambios profundos de los últimos años en cuanto al modelo social y el papel que para amplias capas de la sociedad desempeña el derecho penal.

⁴ Ver a modo de ejemplo el trabajo de Lucio MONACO, "Le risposte del sistema sanzinatorio ai fatti di criminalità organizzata", en *Criminalità organizzata* ..., ob. cit., ps. 248 y siguientes.

de la teoría del delito en la consideración de los tipos penales del crimen organizado.

§ 8. ALGUNOS CAMBIOS EN EL DERECHO PENAL TRADICIONAL QUE INFLUYEN EN LA CUESTIÓN. — La estructura del derecho penal de la modernidad se basa en la legalidad. En materia de tipos penales, ese principio funda de manera especial las exigencias de precisión y determinación de los elementos que lo componen. La reserva de ley en materia penal, dicen MARINUCCI y DOLCINI, comporta la obligación del legislador de disciplinar con precisión el delito y la sanción penal, evitando la discrecionalidad de la autoridad judicial. Con la noción de determinación ("*determinatezza*") los profesores italianos expresan la exigencia de que la norma penal describa hechos o conductas susceptibles de ser probados en el proceso penal. Es decir, comportamientos o situaciones comprobables por el juez a través de una consideración empírica o experiencial⁵.

En consecuencia, los tipos penales dentro de la teoría del delito cumplen históricamente funciones sistemáticas, interpretativas y de garantía⁶. En el orden sistemático recoge en su estructura diversos elementos que permiten la adecuada caracterización de la conducta prohibida por la norma, de manera independiente de la antijuridicidad entendida como instancia posterior del análisis. Por eso su importancia como garantía y a la vez su aptitud como punto de partida de la interpretación jurisdiccional⁷. Ciertamente, a partir de estas aptitudes, se puede hablar de un tipo de error —diferente del sistemático—, para referirse a los contenidos típicos que han de ser conocidos por el autor para comprobar su dolo.

Históricamente, a partir del pensamiento de Beling —1906— el tipo se agrega al concepto analítico del delito, englobando aquellos contenidos que ha de asumir la acción para ser pe-

⁵ Cfr. MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999, ps. 99 y ss. Sobre los desafíos actuales del principio de legalidad puede verse YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 255 y siguientes.

⁶ En tal sentido, ROXIN, Claus, *Derecho penal*, "Parte general", Civitas, Madrid, 1997, t. I, ps. 277 y siguientes.

⁷ Por todos, ver BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, "Parte general", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 221.

nalmente relevante. En principio, entonces, el tipo penal expresa básicamente una descripción de la conducta que permite integrar el mandato del poder político y el conocimiento y motivación del ciudadano frente al mismo. Por eso, como reseña ROXIN, tiene una clara función de garantía, ya que se transforma en el instrumento de expresión de la política criminal y a la vez asegura a las personas un extenso ámbito de libertad frente a conductas taxativamente penalizadas⁸.

Desde el punto de vista de la interpretación, el tipo penal detalla el conjunto de elementos que deben ser conocidos y realizados por el ciudadano para que su conducta pueda serle imputada a título de dolo. Es, en definitiva, lo que debe conocer el ciudadano para ser motivado o en su caso reprochado. En el caso de los delitos imprudentes, por cierto, la cuestión asume caracteres especiales, pues se trata de tipos penales que necesariamente deben ser integrados por fórmulas externas que valoran el riesgo jurídicamente desaprobado y el cuidado debido.

En el campo judicial, el juez interpreta y aplica los tipos penales a través de la función denominada subsunción de la conducta juzgada. Subsumir una conducta bajo el tipo penal es evaluar si el comportamiento juzgado coincide con el descrito en el tipo. Eso es lo que denominamos "tipicidad de la conducta". Sin embargo, esa interpretación no se apega exclusivamente a la literalidad del precepto sino que recepta perspectivas de orden teleológico y sistemático que contribuyen a la comprensión jurídica, no sólo gramatical⁹.

En el esquema originario de Beling, el tipo penal era fundamentalmente descriptivo y de fuerte carácter objetivo. Esto significa que para la dogmática clásica, el tipo penal era eminentemente avalorado y falto de componentes subjetivos. Tendencialmente entonces, los componentes básicos del tipo penal tradicional son elementos descriptivos que permiten al juez o fiscal verificar, a partir de un hecho investigado, si existe

⁸ Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 279.

⁹ Sobre el tema puede verse el trabajo de AROCENA, Gustavo, *Interpretación gramatical de la ley penal*, Advocatus, Córdoba, 2003, ps. 52 y ss. En sentido similar, YACOBUCCI, Guillermo J., "Algunas cuestiones respecto de la interpretación de la ley penal", en ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la ley*, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 257 y siguientes.

correspondencia o no con ese esquema típico que de manera abstracta traza la descripción de los hechos¹⁰.

Este modo de considerar el tipo penal se corresponde, obviamente, con un modo de entender la ciencia penal, la tarea del jurista y la función de la política criminal. Dicho de manera resumida, el tipo penal analizado dentro de este esquema fundamental es coherente con un esquema de división del poder político donde el legislador intenta excluir al juez de cualquier consideración valorativa. En esta división, el juez tiene una función más bien mecánica, pues enfrenta una acción o hecho y debe sin mayores interferencias valorativas considerar si ese hecho es el mismo que en abstracto describe el tipo. A su vez el dogmático hace ciencia del derecho a través de una reflexión sobre los contenidos del tipo, pero sin ingresar en el estudio de las finalidades político-criminales que justificaron su construcción particular¹¹.

Por un lado, entonces, los tipos penales debían ser meras descripciones de comportamiento lesivos. La tarea del jurista era subsumir la conducta en estudio bajo ese tipo penal y de allí deducir las consecuencias punitivas. Por otro lado, la noción de ciencia penal se vinculaba con un concepto que reconocía los dos modelos dominantes de ciencia: la ciencia empírica y la ciencia deductiva. Con la ciencia empírica, la dogmática originaria tenía en común el partir de un hecho dado. Ese hecho eran los tipos penales, es decir, las leyes positivas que aparecían como un hecho para considerar, no para valorar. Las leyes penales eran el dogma de esta ciencia.

Por su parte, en relación con las ciencias deductivas, el dogmático y el juez debían deducir a partir de aquel dato indiscutible, como si fueran matemáticos, las consecuencias obligadas, donde, obviamente, no se integraba ninguna valoración posible.

Esto permitió que VON LISZT distinguiera claramente la dogmática penal de la política criminal. En la primera —la dogmática— no había lugar para el análisis axiológico o político. La política criminal, por el contrario, era el ámbito propicio

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., ps. 284 y siguientes.

¹¹ Sobre la cuestión, Guillermo YACOBUCCI, "La importancia de los principios jurídicos en los sistemas penales contemporáneos", en *Homenaje a Enrique Bagalupo. Sistemas Penales Iberoamericanos*, ARA, Lima, 2003, p. 101.

de las propuestas de lucha contra el crimen. El juez, obviamente, no podía hacer política criminal. Este esquema le dio a la dogmática tradicional las características de un sistema, cerrado y valorativamente neutro¹².

Ahora bien, este paradigma donde se construyó originariamente la noción de tipo penal fue paulatinamente cambiando hasta el presente. Efectivamente, por un lado Ernst Mayer puso en evidencia que el tipo penal también incluye elementos de orden valorativo que son denominados elementos normativos. Si bien sigue predominando en el pensamiento de Mayer el sentido descriptivo del tipo, está claro que este es ya un indicio de antijuridicidad, esto es, de apreciación valorativa que muestra cierta contradicción con el orden jurídico.

Los elementos normativos implican valoraciones de tipo cultural o jurídico, pero en algunos casos también son un indicio de la antijuridicidad del tipo penal o un avance de esta dentro del tipo.

Por su parte, Mezger puso en evidencia que el tipo penal no era meramente objetivo, sino que bien podía recibir aspectos subjetivos relevantes para la subsunción de una conducta. En este sentido, Welzel, al integrar al tipo objetivo la noción de tipo subjetivo, dejó en claro hasta donde esos aspectos son parte fundamental del juicio de tipicidad.

Esta situación es la que permitió a ROXIN hablar de una noción de tipo global, que constituye lo que conocemos como el tipo de injusto. En este concepto se unen, para la reflexión dogmática y judicial, la tipicidad y la antijuridicidad. El maestro alemán, por lo tanto, muestra una relación íntima entre tipicidad y antijuridicidad pero, a la vez, pone en evidencia la importancia político-criminal de continuar distinguiendo ambos contenidos¹³.

Esta nueva visión de la tipicidad, sin embargo, no aleja totalmente los problemas de valoración y antijuridicidad que parecen avanzar en el nivel del tipo penal. Por eso, ROXIN

¹² Cfr. YACOBucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, ob. cit., ps. 393 y ss. Comparar el pensamiento de Frank von LISZT en su *Tratado de derecho penal*, trad. de Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1926, y su teoría del fin en el derecho penal, por ejemplo en la edición italiana, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.

¹³ Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 284.

advierte sobre la importancia en nuestros días de los tipos penales que WELZEL llamara tipos abiertos. WELZEL mostró en su tiempo que existían tipos penales que exigían para realizar el juicio de subsunción o tipicidad de la conducta, ingresar decididamente en el campo de la antijuridicidad¹⁴.

Esta realidad pone en evidencia que, en algunos casos, la técnica de tipificación usada por el legislador exige un análisis global de reprobación para saber si el hecho verdaderamente es subsumible en el tipo penal. En estos supuestos, el juez frente al tipo penal debe evaluar no sólo el desenvolvimiento empírico de la conducta, sino en particular su nocividad social, su peligrosidad concreta.

Por eso, en el sistema de JAKOBS, la importancia de las reglas de la imputación objetiva va más allá de su eficacia para considerar el nexo causal entre conducta y lesión. Para el profesor de Bonn, la consideración acerca del riesgo jurídicamente desaprobado es una exigencia no sólo importante para la imputación del resultado sino que hace a la esencia misma de la imputación penal de la propia conducta. Dicho con otras palabras, la imputación objetiva constituye en JAKOBS el instrumento para evaluar la conducta penalmente relevante más allá de la producción de un resultado¹⁵.

Estas reflexiones son necesarias para situar adecuadamente al juez y al científico frente a la tipificación político-criminal de conductas asociativas consideradas ilícitas por sus finalidades criminales, en el proceso previo a la concreción de estos delitos. En tal sentido, a la luz de los criterios político-criminales que describen lo que se entiende por organización criminal, será necesario ponderar si la vinculación intersubjetiva con orientación delictiva bajo análisis concreto reúne esas características. Dicho de otro modo, es función jurisdiccional evaluar si efectivamente cada agrupación en particular posee los indicadores más o menos estandarizados que justifican la punición del mero comportamiento asociativo con independencia de su efectividad delictual, y si además puede

¹⁴ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y *La imputación objetiva*, Universidad Externado, Bogotá, 1996.

calificarse de criminalidad organizada conforme las reglas internacionales.

Por eso es necesario un cierto cambio de paradigma en la visión tradicional de la función judicial en materia penal. El reconocimiento de los principios como punto de partida del análisis judicial es un instrumento adecuado para preservar las garantías, en un momento donde la concreción de la política criminal a través de tipos penales que no siempre reflejan las características históricas que originalmente fueran imaginadas por Beling exige una tarea de integración. En consecuencia, vale la pena identificar algunos de los cambios fundamentales sufridos por la dogmática como ciencia penal que ya fueran adelantados en el capítulo anterior por las citas de HASSEMER.

§ 9. ALGUNOS CAMBIOS EN LA DOGMÁTICA TRADICIONAL Y SU INFLUENCIA EN LOS TIPOS PENALES DEL CRIMEN ORGANIZADO. — Como es imposible afrontar en este estudio los cambios de paradigma científico de la ciencia penal, sobre todo en sus relaciones con la política criminal, sólo se hará mención a algunos de ellos conforme su posible incidencia en el tema que aquí interesa. La idea central en este punto es que la decisión política en materia legislativa muchas veces ofrece una forma de expresión literal y normativa que hace necesaria la intervención judicial para dar acabamiento jurídico al planteo legal. De esa forma, el proceso de positivización, si bien es fundamentalmente legislativo, exige, por propia decisión política y técnica del legislador, una instancia de integración jurisdiccional que, sin poner en trance el núcleo de la ilicitud, permita circunscribirlo a las finalidades legales perseguidas. Es por eso que en lo que sigue se hará notar este punto como esencial de cara al análisis de los tipos penales, practicando un simple relevamiento de cuestiones técnicas sobre la tipicidad que no pueden ser obviadas por el juez.

Ha de tenerse en cuenta primordialmente que los tipos penales que describen la formación de la organización criminal, al igual que en toda asociación ilícita, implican un claro adelantamiento de la punibilidad respecto de una hipotética lesión a ciertos bienes. Ya se dijo antes que esto planteaba la dificultad de entender como específico de estos tipos penales

un bien jurídico que en realidad está en relación casi de identidad con la finalidad genérica asignada al sistema penal como totalidad. Estas figuras, por lo tanto, son de peligro y coimplican la valoración de una amenaza significativa para el orden y tranquilidad de la convivencia. Sin embargo, resulta difícil identificar las exteriorizaciones que hacen posible esta evaluación. De allí la importancia de la actividad jurisdiccional para definir cuándo su aplicación es inconstitucional a partir de la puesta en crisis de las máximas de privacidad e intimidad constitucionalmente expresadas.

a) *TIPICIDAD, BIEN JURÍDICO Y COMPORTAMIENTO EXTERNO:* Explica ROXIN que la tarea del legislador al formar la ley penal no es libre de limitaciones de orden jurídico superior. Esos límites, en primer lugar, surgen a su entender de las propias finalidades asignadas al derecho penal, que en concreto se ordena a la protección de bienes jurídicos. Así, expresa que la potestad penal tiene por función principal “asegurar las condiciones para una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos, en la medida que esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves”. Por eso advierte que la transcripción de objetivos legales no fundamenta por sí misma un bien jurídico legitimador del tipo. Esto requiere la verificación de cierto daño social que no pueda ser absorbido por medios menos graves que la respuesta punitiva. Entre los ejemplos que expone ROXIN aparece el vinculado con la prohibición de comercialización de órganos humanos o el consumo personal de drogas. En ambos puntos, el profesor alemán no advierte una clara comprobación de peligrosidad social que justifique la respuesta penal.

Por eso ROXIN señala como problema de las técnicas actuales de tipificación a la denominada “formación de leyes penales simbólicas”, entendiendo por tales a aquellas que no desarrollan efectos concretos de protección, sino que están destinadas a servir criterios de proclamación política o ideológica. Ciertamente, el autor reconoce la importancia de la formación de la conciencia jurídica de la sociedad tendiente a la protección real de la coexistencia pacífica. Sin embargo, para servir incluso en este aspecto preventivo positivo, entiende

que la referencia a la mera "tranquilidad pública" como bien jurídico a proteger resulta problemática. En ese orden, que se vincula de manera directa con el problema aquí tratado, ROXIN exige que las conductas tipificadas impliquen una puesta en crisis de la tranquilidad, integridad y dignidad de los potenciales afectados. En este punto, estudia la legislación alemana a través de dos tipos delictivos: la incitación a la violencia y ataque a grupos minoritarios y la negación de los crímenes del nazismo. En el primer caso, considera que ciertos comportamientos constituyen por su mera exteriorización una puesta en riesgo de la vida tranquila y segura que debe procurarse a todo ciudadano. Sin embargo, en el segundo supuesto, la cuestión le parece muy dudosa, ya que se trata de un aspecto histórico absolutamente saldado¹⁶.

Como se ve, la noción de tranquilidad y paz social consideradas como fin de protección normativa exige un análisis concreto de su constitucionalidad en virtud del grado de perturbación que se pueda verificar en cada caso. Esos objetivos legales implican siempre una referencia a otros bienes o fines, de manera que a pesar de su carácter general se expresan a través de normas de flaqueo. En el caso que nos importa, esta cuestión es llevada al plano asociativo como momento de perturbación social por la finalidad ilícita del acuerdo.

En la recordada exposición de JAKOBS de 1985¹⁷, justamente, se señalaba como punto esencial de análisis crítico de ciertos tipos penales, la anticipación de la punibilidad a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Este aspecto, como ya se dijo, es característico del tipo penal asociativo. En ese orden está claro que lo primero que hay que reconocer es que la idea de consumación, y por ende la de tentativa,

¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus, "¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?", en *Problemas actuales de dogmática penal*, ARA, Lima, 2004, ps. 39 y ss. ROXIN no puede obviar, de todos modos, que la idea de bien jurídico vinculada con la tranquilidad y paz pública ofrece perspectivas de análisis muy complejas, en particular si se habla, como lo hacen Stratenwerth y Schunemann, de criterios legitimadores de cara al aseguramiento de las generaciones futuras. En este punto parece necesario reconocer que no carece de legitimación y base positiva, pensar que en el orden de la protección, se integren las normas que hacen al aseguramiento del futuro y en especial aquellas que hacen a la preservación del medio ambiente.

¹⁷ JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

son difíciles de entender fuera de sus aspectos formales o normativos. De esa manera, en el orden fáctico es complejo identificar, como indica ROXIN, cuál es el momento definible como estadio previo, es decir, aquel donde los comportamientos resultan impunes¹⁸.

Por lo general, las fórmulas de la tentativa indican una tendencia del sujeto. Se habla del "fin de cometer un delito determinado", o cuando "la resolución a cometer un delito se exterioriza", o de quien en "su representación del hecho, da inicio". Por eso, la idea dominante en la praxis puede llevar a una consideración subjetivista del tema en tanto privilegia como punto de identificación las ideas, intenciones, finalidades de los sujetos, sin perjuicio de la efectiva verificación de un comportamiento externo contrario en sí mismo al orden legal. Esta perspectiva supone un análisis de las características de los sujetos, su potencialidad criminal, en definitiva su peligrosidad. Como se ve, se está cerca de un derecho penal de autor, donde pesa sobremanera la personalidad del sujeto para tener en cuenta la configuración ilícita de una asociación. En buena medida, esto ha sido tenido en cuenta por el legislador argentino en la reforma efectuada en materia de tenencia y portación de armas de fuego, donde la existencia de antecedentes penales, registro de investigaciones en curso y características del sujeto permiten ampliar la punibilidad.

La asunción de criterios peligrosistas, dice JAKOBS, también favorece la intervención preventivo policial. Esto resulta evidente por cuanto frente a la existencia de tipos penales de peligro abstracto, tenencia, etc., la actividad de investigación se legitima a partir de la comprobación de un estado de cosas o personas con cierta independencia de la concreta afectación a terceros.

Ambas cuestiones que aparecen envueltas en la técnica legislativa escogida pueden poner en crisis la noción constitucional de privacidad. Como explica JAKOBS, la noción de "interno" "carece de un límite preestablecido, cuasi natural". De esa forma, el discurrimiento del límite entre lo externo y lo interno depende de criterios normativos propios de cada sociedad y dentro de ella misma, según los sectores a los que

¹⁸ Así, ROXIN, Claus, "Acerca de la tentativa en el derecho penal", en *Problemas actuales de dogmática penal*, ob. cit., p. 154.

se refiera. Una de las consecuencias del adelantamiento de la punibilidad es dejar fuera de lo interno un campo de la vida de los sujetos. En un sentido extendido, un cierto autor carecería de margen para la privacidad, en tanto lo que son en realidad actos preparatorios resultan criminalizados¹⁹.

La pregunta que cabe hacerse es si la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado o no. La respuesta de entonces de JAKOBS era que sí lo era, y que por principio no correspondía a un derecho penal de libertades la persecución de esas expresiones de ideas dentro de la privacidad a menos que se convirtiera en un derecho penal de enemigos. Esta compleja cuestión obliga al juez a ponderar adecuadamente, entonces, cuándo las consideraciones sobre una futura actividad delictiva realizable en común quedan fuera de la privacidad. Lo que JAKOBS plantea es un problema de prelación: si el orden a seguir es la comprobación de la existencia de dolo que luego nos lleva a una conducta —acción externa— perturbadora del orden social, o, a la inversa, si lo que importa primero es la acción perturbadora del orden social, que permita luego preguntarse por su subjetividad —dolo—. En este último caso, será siempre la vertiente objetiva la llave de acceso a la persona y sus intenciones, mientras que en el primero lo que importará son las intenciones del sujeto a las que luego se buscará añadir alguna conducta externa. Ciertamente, esto envuelve, además de la cuestión constitucional, el problema de la definición de la tentativa: subjetividad o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o ambos y en qué prelación o intensidad.

Dice ROXIN, en un aspecto que interesa de manera directa a nuestra cuestión, que el punto de partida de toda tentativa tiene dos presupuestos: la resolución hacia el hecho y el inicio de ejecución. La punición de actos preparatorios situados muy lejos de la realización típica llevaría a un ámbito sin límites y reprimir actitudes internas reprobables. Por ello, expresa, “los actos preparatorios solamente se penan en casos excepcionales y cuando se trate de delitos particularmente peligrosos, siguiendo disposiciones legales especiales”²⁰.

¹⁹ JAKOBS, Günther, “Criminalización . . .”, p. 297.

²⁰ Cfr. ROXIN, Claus, “Acerca de la tentativa . . .”, p. 154.

Por eso, acerca de la legitimación del tipo asociativo y las exigencias de interpretación jurisdiccional, JAKOBS hace una consideración que puede resultar orientadora. "La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores." Así, "una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor, nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena"²¹.

Una regla para tener en cuenta entonces en la actividad jurisdiccional es que frente a la equivocidad de la conducta debe predominar la atipicidad –asociativa– y no la búsqueda de componentes subjetivos como disparador de la criminalización. Esto significa, en la consideración del profesor alemán, que sólo una conducta perturbadora es la que permite la pregunta por el contexto interno. La perturbación a la que se hace referencia supone, en términos constitucionales argentinos, la trascendencia del ámbito de privacidad del comportamiento, de manera que afecte a terceros, al orden o a la moral pública. En el sistema de JAKOBS, esto se define como arrogación de la organización de un asunto de un tercero, la víctima; en este caso, la potestad estatal. La cuestión se verificará entonces donde los sujetos, al efectuar lo que empíricamente puede ser una preparación, operan de manera significativa en el campo de organización ajeno. Esto se ve en la legislación argentina en relación con la tenencia de instrumentos orientados a la producción de moneda.

Por lo tanto, el juicio de tipicidad se construye a partir de la verificación de una objetiva peligrosidad, es decir, una perturbación que se constata por la circunstancia de estar fuera del ámbito de organización –privacidad o intimidad– de los sujetos. *La idea de un peligro abstracto dentro de la tipicidad pretende la identificación de conductas que, conforme un estándar social de aseguramiento, resultan en sí mismas externamente perturbadoras en términos generales.* Es decir, que son perturbadoras en sí mismas, como si fueran una tentativa acabada, sin necesidad de vinculación posterior hipotética.

²¹ Ob. cit., ps. 302 y 303.

tética con otros delitos. Sin embargo, se pueden identificar casos que adquieren su peligrosidad en virtud de otros comportamientos sucesivos de índole ilícita.

En buena medida, este es el caso del delito asociativo. En este punto las cuestiones a definir son: ¿cuándo un hecho puede ser ilícito por lo que se realice en el futuro? y en virtud de ello, ¿cuáles son los límites de imputación de estos comportamientos? Algunas situaciones emergentes de contactos sociales, formas de relación, etc., pueden estar sujetas, por lo tanto, a contralor del Estado por su importancia social. En otros supuestos, ciertos objetos o actividades pueden también reclamar el control público.

En este campo de cuestiones, JAKOBS sostiene que siempre ha de evaluarse la perturbación externa de la conducta en sí, antes que por las intenciones o, en otros supuestos, los objetos que ponen en evidencia un cierto grado de peligrosidad.

Una opción aplicada habitualmente a través de los tipos penales y a la que hace referencia JAKOBS es la formulación de normas de flaqueo. Como ya se expresó en el capítulo anterior, en estos casos es necesaria la identificación de bienes jurídicos que están en los flancos o delante de aquel que finalmente se quiere tutelar. La posibilidad de trabajar de este modo viene dada por la fragmentación del injusto, creando otros de orden parcial que asumen una parte del curso de ilicitud general. Lo que se busca es potenciar mediante normas de flaqueo las condiciones de vigencia de las normas principales. Los casos por considerar son aquellos donde ciertos comportamientos ponen en crisis frente al ciudadano la vigencia de normas fundamentales. La perturbación en estos casos, dice JAKOBS, aparece cuando los sujetos se arrojan la organización de aquel campo que vincula a los ciudadanos con la norma principal²².

En el delito asociativo, por lo tanto, será necesario verificar, a través de comportamientos ya exteriorizados, la seriedad de la puesta en peligro de la paz y el orden público —norma principal—, esto es, de la crisis de la confianza ciudadana en la vigencia de ellos. En materia probatoria, la posesión de determinados objetos, información, datos, planos,

²² Ob. cit., p. 315.

instrumentos, etc., puede resultar un indicador material eficaz en la interpretación del tipo.

b) *TIPICIDAD Y VALORACIÓN*: Una segunda cuestión por considerar, que a esta altura se hace evidente, es que los tipos penales que se refieren al crimen organizado y las asociaciones ilícitas son por su propia naturaleza tipos penales especialmente abiertos a la valoración. En efecto, mientras los tipos penales que corresponden al derecho penal nuclear, esto es, al derecho penal tradicional, son tipos penales cerrados y de resultado lesivo, los tipos penales del crimen organizado requieren una formulación especial. Esta formulación tiene un carácter paradójico: por un lado, si respetan una buena técnica, deben utilizar descripciones, pero, por el otro, esos elementos descriptivos detallan contenidos que exigen valoración por parte del intérprete. Es más, aunque el tipo penal no los mencione, las exigencias constitucionales en punto a la privacidad y proporcionalidad requieren que el juez evalúe en el comportamiento asociativo la existencia de ciertas características.

Estas circunstancias son consecuencia de algo que no se puede obviar. Para hablar de criminalidad organizada en el derecho penal no es suficiente una definición bajo el esquema habitual de género y diferencia específica. La noción de crimen organizado se hace toda ella valorativa a partir de la descripción de sus componentes, empíricos o de hecho.

Recuérdese —y ya volveremos sobre esto— que para definir el crimen organizado el legislador y el juez o el público ministerio deben recurrir a valoraciones acerca del modo de organizarse, los instrumentos de que se vale, los tipos de conductas que se realizan, los objetivos que persiguen, la continuidad en el tiempo, etcétera.

De allí la segunda cuestión para tener en cuenta. La dogmática aplicable al crimen organizado no puede ser una dogmática cerrada, tradicional, al estilo de VON LISZT. La dogmática aplicable al crimen organizado, tanto por el jurista como por el juez o el fiscal, es una dogmática abierta fuertemente a los principios que regulan la política criminal. Esto significa

que no es posible legitimar la tarea de subsunción por parte del juez sin entrar a valorar circunstancias y elementos con fuerte contenido político-criminal²³.

Cabe indicar que esto es además necesario no sólo en relación con el delito asociativo sino también con muchos de los delitos-fines tenidos como indicadores de criminalidad organizada. Los bienes jurídicos que están en juego en los tipos penales de esta índole requieren una instancia interpretativa que garantice la aplicación sólo en aquellos casos en los que efectivamente se han cumplido las finalidades perseguidas por la política criminal y no sólo la letra del tipo. En esto es evidente que el crimen organizado como tal se interpreta teleológicamente a partir de bienes jurídicos macrosociales, de carácter difuso. En algunos casos, las víctimas no son identificables pero se concreta, sin embargo, una marcada *macrovictimización*, como explican MARINUCCI y DOLCINI en el campo italiano y CERVINI dentro del área latinoamericana, agregando el dato de que esa macrovictimización tiene fuerte incidencia transnacional²⁴. Por eso, la simple literalidad del tipo no es buen indicador de la expresión teleológica, sino que ésta reclama un análisis jurídico frente a las perspectivas de criminalización que se han tenido en cuenta en la decisión política. La tarea de subsunción no es, por lo tanto, mecánica, sino que en el caso de la criminalidad organizada, atendiendo a la gravedad de las consecuencias punitivas previstas, es imprescindible una integración valorativa de contenido político-criminal-.

Se advierte entonces que la aplicación de los tipos penales sobre crimen organizado exige una interpretación de carácter teleológico y funcional. En la mayoría de las legislaciones, como veremos, no es posible imputar penalmente el tipo penal correspondiente al crimen organizado sin antes evaluar la finalidad del conjunto de individuos intervinientes. En este sentido aparece, como ya se dijera, la necesidad de integrar en esa interpretación aspectos exteriorizados fuera del campo de

²³ Sobre la noción de dogmática abierta, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

²⁴ Cfr. MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, ob. cit., ps. 412 y siguientes.

su privacidad por los participantes, de manera que esto constituya un indicador de perturbación social.

Los criterios valorativos en la imputación objetiva del tipo incluyen de manera primordial los aspectos relacionados con la noción de intervención en el ilícito. Los tipos penales contra el crimen organizado reclaman la consideración de la ilicitud como algo nuclear de aspectos de la teoría del delito que no son habituales en los tipos del derecho penal clásico. Así, por ejemplo, en las cuestiones vinculados con la autoría y la participación. En los tipos penales del crimen organizado, se exigen fórmulas ampliadas del concepto básico de dominio del hecho o nociones normativizadas que sirven para discernir responsabilidades hacia el interior de la organización²⁵.

También se advierten complicaciones en los aspectos relacionados con la imputación subjetiva y el objeto del dolo como instancia por valorar en el juicio de reproche. Esto significa preguntarse sobre lo que el sujeto debía conocer de la asociación a la que se integraba, cuánto debía abarcar en su comprensión. Dicho de otro modo, si su saber incluye sólo las finalidades delictivas o también el número de personas que integran la asociación, el tipo de delitos que prevé realizar y la permanencia del grupo. Cuanto más se amplía la descripción que configura la noción de organización criminal, más extenso se hace, obviamente, el objeto de comprensión que caracteriza el dolo típico. Es decir, más exigente se ha de

²⁵ Sobre este tema, ver además JAKOBS, Günther, "El ocaso del dominio del hecho", en *Temas penales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000. Ricardo ROBLES PLANAS desarrolla un análisis del concepto de "intervención" en el delito sobre la base de criterios normativos que permitan la distinción respecto de "conductas neutrales" ya desde el plano objetivo, sin necesidad de recurrir a lo subjetivo como instancia de determinación de la conducta relevante penalmente. La problemática del tema se advierte sobre todo en los casos de comportamientos adecuados a roles o competencias, incluidos los supuestos que Hassemer describe como *Professionelle Adäquanz*, y donde además el sujeto de manera directa o indirecta advierte la idoneidad de su aporte para producir un resultado delictivo. Es por eso que ROBLES PLANAS se detiene en su estudio en la cuestión de los conocimientos especiales y los conocimientos propios del rol o estereotipo, para poder discernir aquello que hay de "subjetivo" dentro de la imputación objetiva como modo de evitar la violación del precepto *cogitationis poenam nemo patitur*. Este punto, como se advierte, resulta esencial en la problemática del delito asociativo. Ver sobre la cuestión su obra *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ser en este punto en cuanto a los ítem que deben integrarse en la ponderación.

A partir de lo dicho, aparecen algunas dificultades en la consideración de los tipos penales del crimen organizado de cara a los principios de legalidad y culpabilidad. En este orden, la falta de determinación en sentido tradicional dentro del tipo penal abre fuertes interrogantes sobre la posibilidad de encerrar en este esquema las mismas exigencias de legalidad que para los denominados delitos comunes o de masa, como los define HASSEMER. Como se advierte, el juez está sometido a una exigencia de control más intensiva que en los crímenes del derecho penal nuclear.

La cuestión se extiende a la discusión dentro de las exigencias del principio de culpabilidad. Como el crimen organizado tiene una constitutiva referencia con el orden económico y político, su medio de desarrollo no siempre permite un conocimiento acabado de los integrantes de la organización acerca de los sujetos y los objetivos ilícitos de aquella. Por eso, en muchos casos, el medio utilizado es la empresa como unidad económica. Eso, obviamente, exige una decisión previa de política criminal respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En los casos donde esto no es posible, los criterios de imputación estarán sujetos a una fuerte normativización de sus presupuestos, frente a los modos de organización interna de la empresa. Dicho de otro modo, habrá de tenerse en cuenta criterios de delegación, competencias y roles que permitan discernir a los intervinientes reales en el ilícito y dejar fuera aquellos que no han formado parte de la organización. La cuestión, como se observa, no sólo afecta a criterios objetivos de imputación sino a los de orden subjetivo, conocimientos especiales, etcétera.

Todas estas cuestiones han justificado en la política criminal la adopción de criterios y reglas de procedimiento diferenciadas. En muchos casos, estos tipos penales requieren para su efectiva aplicación un sistema probatorio y procesal que se aleja del sistema tradicional. Por eso en este campo puede decirse que los tipos penales del crimen organizado transforman los criterios usuales de valoración de la prueba y de utilización de medios de imputación. El conjunto de estos

aspectos han permitido hablar, como se vio, de un derecho penal del enemigo²⁶.

En este marco tan complejo de valoraciones, a la hora de analizar la tipicidad interesa identificar, por lo tanto, cuáles son los comportamientos que justifican su calificación como constitutivos de una organización criminal y luego ver los tipos penales que en la legislación comparada sirven para imputarles consecuencias penales.

§ 10. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. — Tradicionalmente se distingue entre una definición formal del delito y una definición material de delito. La definición formal de delito es sencilla en principio, por cuanto significa que una conducta es ilícita porque está contenida en un tipo penal. Esta definición es la que más interesa al juez.

La definición material de delito, por el contrario, exige identificar cuáles son los componentes de una conducta para que esta merezca ser denominada delito. Esta, obviamente, es la que corresponde especialmente a los intereses del legislador frente al orden constitucional.

En el caso de la criminalidad organizada la cuestión es particularmente difícil por varios motivos. Por un lado, por cuanto la definición formal, como se dijo, requiere una interpretación fuertemente influenciada por criterios de política criminal, es decir, de aquellos que constituyen los valores políticos, económicos y sociales que ha tenido en cuenta el legislador a la hora de tipificar penalmente ciertas conductas. Por el otro, el problema surge del carácter polimórfico que usualmente tiene el denominado "crimen organizado". En este plano es necesario recurrir a la enumeración de ciertos elementos que, unidos, determinan la existencia o no de la situación criminal²⁷.

Conviene entonces detallar, como se dijo al inicio, algunos de los criterios que internacionalmente se han tenido en cuen-

²⁶ Ver en tal sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del derecho penal*, ob. citada.

²⁷ Ver sobre el tema BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, ob. cit., ps. 228 y siguientes.

ta para identificar una situación como constitutiva de crimen organizado. Y, junto a este análisis, veremos cuáles son los problemas de técnica legislativa que se han observado en esos casos.

A partir de los años setenta, el crimen organizado comenzó a ocupar la atención internacional de las Naciones Unidas y en particular de los gobiernos europeos en vista del proceso de unificación que se iniciaba. Desde ese primer momento se advirtieron las dificultades existentes para integrar una noción más o menos clara y razonable de criminalidad organizada.

Desde entonces quedó en evidencia que la expresión "crimen organizado" pasaba a ser una categoría jurídica, esto es, un concepto con fuertes contenidos normativos que debían ser identificados y puestos en detalle para permitir la conformación de un elenco más o menos universal de las características que permitieran otorgarle contenidos objetivos.

Ya en los primeros documentos de trabajo que se redactaron a partir de la resolución 53/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998 se intentó identificar algunas de esas características especiales. Desde el comienzo se habló de las siguientes notas: carácter grupal, estructura organizada, permanencia temporal, finalidad de cometer delitos graves, obtención directa o indirecta de provecho financiero o económico, actuación transnacional.

Estos intentos de otorgar contenido a esa categoría jurídica debían además permitir que la noción de crimen organizado fuera una noción operativa, esto es, aplicable a nivel internacional. Por eso se ha discutido acerca de la mejor forma de tipificar el crimen organizado. Como ya se dijo, la experiencia internacional puso en evidencia que no es suficiente o factible acceder a una definición tradicional bajo género y especie de crimen organizado.

Corresponde entonces ver, en concreto, cuáles son las características que exige esta nueva categoría jurídica llamada "organización criminal" y cuáles son algunos de los problemas dogmáticos y de interpretación judicial que presenta.

a) *EL NÚMERO DE PERSONAS ASOCIADAS*: El primer dato fundamental en la conformación del tipo penal del crimen orga-

nizado es el número de personas. Se habla en todos los casos de una acción grupal, es decir, de un tipo de delito donde el sujeto activo es plural. Se puede ver, por ejemplo en el artículo 1º, primer párrafo, de la Acción Común contra el Crimen Organizado del Consejo de la Unión Europea de diciembre de 1998, que la definición partía de considerar a la organización criminal como una asociación estructurada sobre la base de más de dos personas y con estabilidad en el tiempo.

Por esa razón aparecen dificultades cuando se intenta distinguir esta situación de otras que, a pesar de la pluralidad de sujetos, no alcanzan a configurar la noción de crimen organizado. En algunas legislaciones tradicionales se habla de la pluralidad de personas como un agravante del delito. De esa forma, en la parte especial algunos tipos agravan su pena si son cometidos por cierta pluralidad de sujetos. Una cuestión especial lo constituye el concepto anglosajón de *conspiracy*.

Básicamente, entonces, debe tenerse en cuenta que en el caso de la criminalidad organizada no se está frente a un simple concurso de personas. Se está frente a una asociación, es decir a un número de personas que se encuentran vinculadas entre sí por cierto afecto societario. No es necesario que haya un pacto escrito, pero sí que al menos tácitamente se pueda comprobar ese acuerdo de voluntades que tiene por objeto la comisión de hechos ilícitos futuros. Por eso el número va de la mano con el análisis de cierta permanencia, orientación y acuerdo material. La idea de acuerdo de por sí ya habla de una estabilidad, que es lo que da cuerpo a la asociación. En efecto, en tanto se habla de una asociación ilícita, es necesario verificar la existencia de un vínculo asociativo. Si bien está claro que el delito se configura con la mera existencia de esa asociación, sin necesidad de comprobar la concreción de la dinámica delictiva integrada como designio final de esas relaciones, lo cierto es que el simple número de personas todavía no satisface las exigencias típicas. La comprobación de un pacto o acuerdo –aun tácito– entre los sujetos con la finalidad de delinquir exige por su propia naturaleza una cierta continuidad temporal o permanencia y una relativa estabilidad.

1. *La legislación europea.* Analizando la legislación europea se advierten modos diferentes de tipificación en este

punto. Así, el Código Penal italiano dispone en su art. 416, la figura de la “*associazione per delinquere*”, que requiere tres o más personas asociadas con el fin de cometer varios delitos. Se trata, como explica Gaetano INSOLERA, de una figura “*plurisoggetiva necessaria*”, que realiza el paradigma de la ejecución colectiva de los delitos y que desde el código de 1930 expresa un particular rigor punitivo. De alguna forma, dice INSOLERA, esta figura también muestra la mayor importancia que le daba la escuela positivista a la peligrosidad delictiva asociada.

La figura de asociación en el derecho penal italiano es criticada por las dificultades que presenta su determinación pues, en principio, resulta difícil distinguir entre el acuerdo y la asociación. Justamente, señala INSOLERA, la noción de organización sirve como elemento o punto de fuga de este dilema²⁸. En consecuencia, no se habla sólo de número de personas sino de la necesidad de demostrar un cierto tipo de relación o vínculo entre ellas.

Sin embargo, en varias legislaciones el número de personas no aparece precisado, aunque se distingue entre banda y asociación criminal o ilícita. Es el caso, por ejemplo, del Código Penal francés, que prevé en el art. 132-71 la banda organizada como un agravante constituido por la pluralidad de personas, sus medios materiales y sus objetivos ilícitos. Este concepto vino a sustituir en 1981 el agravante tradicional de banda para los casos de pillaje, hasta que posteriormente aparece el concepto de “*association de malfaiteurs*”. El art. 450-1 del Código Penal francés señala que hay asociación criminal cuando existe un grupo organizado establemente con la finalidad de cometer crímenes o delitos graves (más de diez años de prisión y hasta un máximo de cinco años de prisión). En estos casos se piensa en tráfico de estupefacientes, armas o terrorismo.

En el caso de la legislación española, la noción de asociación ilícita viene dada por los fines que persigue. Según

²⁸ Cfr. INSOLERA, Gaetano, “I delitti contro l'ordine pubblico”, en *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 2000, p. 221. Pier Luigi ROVITO ha escrito un trabajo de signo histórico sobre la criminalidad organizada, que pone en evidencia que el origen de este modo de actuar asociado se sitúa en el ámbito rural, detrás de la figura carismática del *capobanda*. Ver “*Mentalità merenziale e crimine organizzato: profili storici*”, en *Criminalità organizzata* ..., ob. cit., ps. 11 y siguientes.

el art. 515, son tales las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituídas, promuevan su comisión. Incluye en la noción las bandas armadas, los grupos terroristas, las organizaciones de carácter paramilitar y las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra las personas o grupos en razón de ideología, religión o creencias.

El Código Penal alemán, por su parte, establece dos ordenes de tipificación. En el Capítulo III se incluyen los §§ 84 a 87, donde se contempla la defensa del Estado democrático de derecho, a través de conductas de conformación de partidos declarados inconstitucionales, incluyendo su propaganda o uso de insignias. Hay que diferenciar del § 129, donde puntualmente se atiende a la formación de asociaciones criminales que se refieren al orden público y del § 129 a, que se refiere a grupos terroristas. En estos casos tampoco se identifica el número de personas exigido para constituir una asociación.

El parágrafo 129 del Código Penal alemán establece que es punible quien forme o tome parte de una asociación criminal cuyo fin o cuya actividad esté orientada a cometer hechos punibles, haga propaganda o la apoye. La tentativa de fundar la asociación es también punible. En la legislación alemana se contemplan figuras premiales, es decir, de atenuación de pena o prescindencia de castigo cuando algún sujeto integrante de la asociación impide con libertad y seriedad su continuación.

Por eso los documentos de las Naciones Unidas sobre crimen organizado han intentado fijar un número de intervinientes para definir la organización o asociación ilícita. En particular la Convención de Palermo de 2000 menciona en sus arts. 2º y 3º que el grupo debe estar constituido por tres o más personas, con cierta estabilidad.

La Argentina promulgó con fuerza de ley (25.632) la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional con fecha 29 de agosto de 2002. En el art. 2º, correspondiente a las definiciones, se establece en el apartado a que la noción de grupo delictivo organizado exige "*un grupo estructurado de tres o más personas*".

2. *La legislación latinoamericana.* En las legislaciones latinoamericanas se advierte igualmente la existencia de problemas para diferenciar la organización criminal de otras formas plurales de intervención en el delito. La situación de

Brasil y de la Argentina es un buen ejemplo de las dificultades que plantea la distinción entre pluralidad simple de personas, banda y asociación criminal.

En el caso de Brasil puede verse la cuestión a través de la ley 9034 de mayo de 1995, luego modificada por la ley 10.217 de abril de 2001. El artículo 1º de la ley 9034 decía que su objetivo era regular los medios de prueba en aquellos ilícitos surgidos de las acciones realizadas por cuadrilla o bando. En este sentido, la ley remitía al art. 288 del Código Penal brasileño que define la “cuadrilla” o “banda” como la asociación de más de tres personas con el fin de cometer ilícitos.

En su momento, la doctrina brasileña criticó este tipo penal por sus carencias dogmáticas para constituir un tipo penal operativo que definiera o describiera el crimen organizado. Así, por ejemplo, Luiz Flavio Gomes explicó entonces que ese tipo penal no resultaba eficaz para entender la noción de crimen organizado y constituía solamente una de las limitaciones posibles al derecho constitucional de asociación.

La reforma aplicada por la ley 10.217 amplió el tipo penal, pues a la cuadrilla o banda le agregó la noción de organización o asociación criminal de cualquier tipo. Como se ve, la legislación brasileña no ha definido claramente la categoría jurídica “organización criminal” o “asociación criminal”, dejando abierto su contenido a la complementación judicial.

Sin embargo, parece claro que, estando definido ya el contenido dogmático del art. 288 del Código Penal, este ha de ser al menos el piso o el mínimo a partir del cual ha de elaborarse la noción de organización criminal.

En ese sentido, entonces, puede decirse que para el derecho penal brasileño la organización criminal es un delito autónomo, tipificado con independencia de los delitos-fines y que se constituye a partir de un mínimo de cuatro personas.

Sin embargo, este número mínimo de personas –a diferencia, a nuestro entender, de la *conspiracy* anglosajona y la banda del derecho penal argentino– debe además constituir una estructura. Esto significa que no es una mera participación criminal en un ilícito, ni la concurrencia circunstancial de sujetos para cometer el delito.

La organización criminal como tipo penal reclama cierto grado de organización. Por ese motivo, surgen dudas sobre si debe incluirse entre el número de sus integrantes tanto

a los inimputables como a los que no se conocen entre sí. En el caso de los inimputables, si se asume la idea de que la asociación exige una cierta capacidad de integración, esto es, de voluntad de expresar un acuerdo válido, la respuesta ha de ser negativa. Si, por el contrario, lo que resulta significativo es el aseguramiento de la tranquilidad pública, el número de sujetos que conforman la estructura, más allá de las características del agente, será suficiente para la configuración típica. En el caso de los sujetos que no se conocen, la cuestión es más clara, pues lo que importa es la advertencia sobre la existencia de la asociación y no quiénes la integran personalmente.

Como se trata de un número mínimo de personas organizadas, el tipo penal requiere un modo de participación directo, es decir, propio de la coautoría o la denominada participación esencial. No se integra en el número, por lo tanto, el denominado "partícipe eventual". Por ese motivo, algunas legislaciones penales utilizan como verbos típicos en la figura de la organización criminal los de "favorecer", "proponer", "colaborar", que si bien son modos autónomos de integración criminal, aparecen en este caso bajo las características de la autoría a través de esas conductas.

En el caso de la legislación argentina, la interpretación del Código Penal históricamente distinguió entre el mero concurso de tres personas, la banda y la asociación ilícita. En el primer caso, es decir, el concurso de personas, sólo se habla de un agravante de ciertos delitos; en su momento se tenía en cuenta en los delitos contra la propiedad o contra la integridad sexual. Este agravante sólo requiere la participación de los sujetos. Es también el supuesto del art. 59, tercer párrafo, del Código Penal del Uruguay.

En el caso de la banda del derecho penal argentino, también se trata de un agravante de delito —contra la propiedad— pero la jurisprudencia exige que los intervinientes al menos concurren como partícipes necesarios o coautores, conforme el art. 45 del Código Penal argentino.

Por el contrario, el artículo 210 del Código Penal argentino tipifica como delito autónomo a la denominada "asociación ilícita". La jurisprudencia ha distinguido la banda de la asociación ilícita, aunque la doctrina pone en dudas que esto sea posible, en virtud de un análisis del debate histórico en

la formulación de los tipos. En este punto, se afirma que la única forma de interpretar el concepto de banda es recurriendo a la noción de la asociación ilícita, donde se establece el número mínimo de intervinientes exigidos. De todos modos, en materia de aplicación concreta, la praxis judicial en el derecho argentino distingue ambas situaciones y explica que la asociación ilícita, a diferencia de la banda, exige como nota esencial la finalidad de cometer delitos indeterminados. En la banda, por el contrario, es suficiente la comisión de un delito en concreto. La asociación ilícita, además, reclama en su tipificación una cierta organización y división de tareas, aspecto no esencial en la banda. Por eso el tipo penal prevé penas diferentes para los jefes u organizadores.

La legislación argentina, como en el caso de la alemana, prevé una figura especial de asociación contra el orden político. En este caso, agrava la pena cuando la finalidad de la asociación ilícita es atacar el orden constitucional (art. 210 bis). Los supuestos especiales son definidos mediante los verbos típicos como “tomar parte”, “cooperar”, “ayudar”, “mantener”, exigiendo que al menos se den dos características de entre las ocho posibles que se mencionan en el articulado. Esas características son: el número de individuos (diez o más); el carácter militar; la estructura celular; la disposición de armas y explosivos de guerra; su extensión territorial; participación de miembros de fuerzas armadas; conexiones con otros grupos armados, y recibir apoyo o dirección de funcionarios públicos.

En el caso argentino, además, se verifica un hecho particular. La organización criminal no sólo es tipificada en el Código Penal sino que aparece bajo distintos aspectos en la legislación especial fuera del Código, es decir, en leyes contra el narcotráfico, el lavado de dinero, etc. En ese campo aparece la figura de la “confabulación”. En la ley 23.737 sobre tráfico de estupefacientes, el legislador tipifica el tomar parte en una confabulación de dos o más personas para cometer delitos vinculados con drogas y su introducción o salida del país (art. 29 bis). Una peculiaridad de este tipo penal es que el delito es punible sólo a partir de que alguno de los miembros de la confabulación realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de cometer delitos de narcotráfico.

El derecho penal argentino reconoce también la existencia de la asociación ilícita tributaria. La ley 24.769 ha tipificado

en el sistema argentino una forma asociativa relacionada con delitos tributarios a través del art. 15, inc. c, donde señala una escala penal agravada para quien forme parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos calificados en esa misma legislación penal tributaria. Como se ve, resulta complejo identificar el bien jurídico al que remite la norma, en tanto la tranquilidad o el orden público al que se refiere debe distinguirse de aquel que constituye la referencia del art. 210 del Cód. Penal. Habría que hablar aquí de la Hacienda Pública como parte del orden público general, cuya tranquilidad o estabilidad puede ser gravemente afectada por vínculos asociativos que se dirigen a su afectación. A diferencia del orden constitucional que integra de forma natural la paz y tranquilidad pública, la Hacienda Pública, como objeto de protección, carece de esos atributos –al menos en forma inmediata o directa–. Paradójicamente, podría hablarse de un tipo de peligro abstracto que opera como norma de flaqueo de la tranquilidad colectiva a partir de las expectativas vinculadas con los recursos del Estado. De todos modos, el análisis de la asociación ilícita o para delinquir es enteramente aplicable a esta nueva normativa, sin perjuicio del elemento valorativo “habitualmente”, que en cierta medida exigirá dentro de la indeterminación delictiva –propia de la finalidad asociativa general– un porcentaje relacionado con delitos tributarios. Para discernir este punto habrá que evaluar las calidades de los sujetos que la integran, los medios de que se valen y el análisis del plan delictivo –la estrategia de los delitos-fines– de la asociación.

b) *TIPOS PENALES DE PELIGRO ABSTRACTO*: Esto nos lleva a una nueva cuestión en esta clase de tipos penales. Como la asociación criminal es un delito autónomo, independiente de la comisión de los delitos-fines, las figuras elegidas por el legislador son figuras en principio de peligro abstracto²⁹. Tal el caso de las leyes brasileña, argentina e italiana.

²⁹ Sobre la problemática de los delitos de peligro abstracto, por todos, BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, ob. cit., ps. 312 y ss. Es importante atender a la consideración de JAKOBS en *Derecho penal*, ob. cit., ps. 201 y ss., sobre el concepto de acción y resultado.

1. *"Conspiracy" y asociación ilícita.* Por ese motivo se puede distinguir entre la *conspiracy* anglosajona y la asociación para delinquir. En el primer caso se concreta el delito a través de un simple acuerdo entre dos o más personas con el fin de cometer un delito. Con la *Criminal Law Act* de 1997, se ha establecido que la finalidad del acuerdo debe ser un delito y no un simple hecho ilícito sin relevancia penal. La idea de *conspiracy*, que se aplica al fraude, la corrupción pública y la ofensa de la moral pública, asume la intención delictiva como punto central sin perjuicio de otras exteriorizaciones. El acuerdo, antes que la asociación material concretada, es el aspecto criminalizado y por ello puede distinguirse de la asociación ilícita continental.

A pesar de ello, la confabulación en la ley 23.737 de la Argentina está redactada como un delito de peligro concreto, por eso habla de "actos manifiestamente reveladores". En este tipo penal, en realidad se recogen algunas de las críticas que históricamente se dirigieron contra la figura de la mera asociación ilícita a partir de criterios naturalistas de acción. En esas críticas se dice que un tipo de peligro abstracto en la figura asociativa vulnera los principios de legalidad y lesividad, porque no incluye propiamente ninguna conducta o acto que exteriorice ilicitudes más allá de las intenciones. Esta forma de interpretar la figura asociativa no la distinguiría verdaderamente de la *conspiracy* anglosajona.

2. *La interpretación de los tipos asociativos.* En consecuencia, es importante recordar en esta instancia, que a pesar del carácter abstracto que pueda asumir la figura, en el momento de la aplicación jurisdiccional es necesario dada la definición como "ilícita" de la asociación y la defensa constitucional de la privacidad, ponderar sus características concretas. Es decir, que el juez debe tener en cuenta que hay un derecho reconocido para asociarse y que sólo la identificación como ilícita de esa agrupación permite el avance penal. Este punto, que es normativo, exige ir más allá de las ideas e intenciones de las personas y ponderar la efectiva aptitud para perturbar el orden y la tranquilidad pública de la asociación.

Este es el caso que se discute también en la jurisprudencia italiana para el tipo penal de asociación para delinquir. En este aspecto, Carlo GROSSO destaca que si bien el tipo penal

es de peligro abstracto, la realidad jurisprudencial ha utilizado determinados criterios que en la práctica lo aproximan a un tipo penal de peligro concreto. Así la jurisprudencia italiana valora si los medios que posee el grupo de individuos guarda relación o proporción con las finalidades delictivas, de modo que puedan en concreto crear una verdadera alarma social. En este campo se valoran la cantidad de individuos, los medios de que disponen y su adecuación con los fines ilícitos propuestos³⁰.

El artículo 416 del Código italiano considera constituido el delito por el solo hecho de la integración en la asociación. Nicola BARTONE señala que el delito asociativo italiano es de peligro, de naturaleza permanente, pues perdura hasta tanto la asociación permanezca, y de conducta libre, es decir, que no se define la modalidad concreta de las conductas aunque sí se expresa la idea de promotor, organizador, jefe o partícipe.

Si bien no se expresa dentro del tipo, la doctrina y la jurisprudencia fijan la distinción entre jefe, organizador y partícipe. Así, quien organiza o dirige la asociación es quien le da forma concreta al grupo y regula su actividad. Por el contrario, será partícipe quien aporta una contribución idónea para desenvolver la asociación o reforzar el propósito criminal. BARTONE resalta que la asociación debe tener una cierta estructura que resulte idónea para la puesta en peligro del orden público. Por eso aquellos grupos que carezcan de esos aspectos no serán considerados dentro del tipo. El investigador italiano apoya su posición con la jurisprudencia de la Casación italiana (sentencia 11.413 del 25 de noviembre de 1995), que expresa que la estructura organizativa, aunque mínima, debe ser idónea y sobre todo adecuada para realizar el objetivo criminal puesto en mira³¹.

Para INSOLERA, el punto de partida de la punibilidad de los comportamientos viene dado por la mera existencia del vínculo asociativo –“*per ciò solo*”–, prescindiendo de los otros objetivos ilícitos. De allí, obviamente, las dificultades para hablar de actos preparatorios y en consecuencia de tentativa. INSOLERA busca también en el concepto de “organización” un

³⁰ Cfr. GROSSO, Carlo, en *Criminalità organizzata* ..., ob. citada.

³¹ Ver BARTONE, Nicola, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, ps. 264 y 265.

instrumento que permita hacer distingos necesarios. Se trata de cuestiones vinculadas con la diferencia entre el delito asociativo y la ejecución de los delitos-fines.

Una cosa es la organización y otro el programa de actuación de la asociación. El primero se concreta por el solo hecho asociativo que es diverso de las etapas ejecutivas de los distintos delitos planeados. Sin embargo, la noción de "organización" permite trabajar en su contenido material según criterios de idoneidad para articularse según roles y competencias. En este ámbito viene reclamada cierta permanencia en el vínculo colectivo y, además, la posibilidad de evaluar la adecuación e idoneidad ofensiva respecto del bien jurídico protegido. Esto significa que a partir de la noción de asociación como cierta organización, los jueces deben evaluar si la agrupación tiene aptitud para afectar la paz y la tranquilidad social³². De esta forma el carácter abstracto de la figura o su sentido de delito permanente y de pura actividad no impiden una valoración sobre aspectos de tipicidad e incluso de política criminal.

El artículo 150 del Código Penal del Uruguay también utiliza la fórmula de peligro abstracto para describir el crimen organizado. Así se resuelve que hay asociación para delinquir cuando se asociaren para cometer uno o más delitos, por el simple hecho de la asociación. Sobre esa base, la figura se agrava por el tipo de delitos que se cometen o por la forma de la organización (armas, más de diez integrantes).

En consecuencia, se verifican en estos tipos penales de forma ampliada las dificultades propias que plantean los delitos de peligro abstracto o de pura actividad. No se puede hablar de tentativa, y es difícil en la práctica distinguir entre actos que se ordenan a la integración asociativa y aquellos que ya la concretan. En este sentido, si bien puede haber tentativa de los delitos-fines, se hace complejo comprobar su existencia en el delito asociativo propiamente. Las consideraciones sobre aptitud, idoneidad, etc., para afectar la tranquilidad social operan, por lo tanto, como elementos de tipo normativo para dar cierto contenido preciso a la figura penal asociativa y evitar su declaración de inconstitucionalidad.

³² Cfr. INSOLERA, Gaetano, "I delitti contro l'ordine pubblico", ob. cit., p. 223.

c) *ESTABILIDAD Y PERMANENCIA TEMPORAL*: El tercer aspecto que es importante resaltar, como ya se adelantó, es que el grupo debe tener cierta estabilidad o permanencia en el tiempo. Esto es una consecuencia de la necesidad de distinguir la figura asociativa de las meras concurrencias o participaciones criminales. Esto aparece remarcado en la Convención de Palermo de 2000, que habla de cierto período de tiempo como dato de la agrupación de tres o más personas.

En buena medida, esta cuestión depende de la noción de estructura. Por estructura en el nivel de los documentos internacionales se entiende, como se dijo antes, un grupo con distribución de roles, competencias y tareas que tiende a mantenerse en el tiempo para poder llevar a cabo un programa delictivo.

Si el bien jurídico atacado es, según los casos, la paz, la tranquilidad o la seguridad públicas, a raíz de la existencia de una asociación que planea cometer delitos indeterminados, es importante establecer entonces la existencia de ciertos vínculos de estabilidad, que son en definitiva los que dan vida a la propia asociación.

Ya en el proyecto de Naciones Unidas sobre crimen organizado de 1998 –Asamblea General A/AC254/4– y en particular en su versión de 1999 se establecía la caracterización de vínculos jerárquicos y el carácter estructurado a través de cierta permanencia en el tiempo.

En este aspecto, el concepto de crimen organizado reclama entre sus contenidos una cierta organización interna, cierto nivel jerárquico, división de roles y funciones, a través de una cierta estabilidad temporal. Sin embargo, en la asociación ilícita o para delinquir, esta complejidad organizativa no es imprescindible. Basta la idea de estabilidad y permanencia y un cierto grado de orden interno. Eso es lo propio de los vínculos asociativos orientados a cometer delitos indeterminados. Como se dijo ya, la idea misma de asociación con esos fines supone como propiedad la permanencia y la estabilidad, más allá de la rotación de los sujetos individuales.

Por eso, ya en el plano de la *imputación subjetiva*, el dolo de los asociados queda conformado por la conducta asociativa misma, es decir de integración, en tanto expresión de

voluntad de pertenencia grupal admitida por los otros y el conocimiento de la ilicitud de esa agrupación, consecuente con sus finalidades delictivas plurales.

En este punto, resulta indiferente a los fines del delito asociativo la intervención constante o no del sujeto en los delitos-fines, ya que la plenitud del ilícito grupal se alcanza desde el momento de la integración, siendo este independiente del desarrollo temporal de otros delitos. Esto es una consecuencia de la permanencia entendida como propiedad de lo asociativo tendiente a cometer delitos indeterminados.

Sin embargo, la legislación brasileña, al incluir la cuadrilla o banda del art. 288 del Código Penal entre las posibilidades de asociación criminal, no parece exigir una estructura demasiado diferenciada o jerárquica aunque sí la permanencia, ya que la jurisprudencia ha resuelto que no hay cuadrilla o banda si cambian habitualmente sus integrantes.

Esto demuestra ya algunas de las dificultades para universalizar plenamente el concepto de crimen organizado, al menos con el derecho anglosajón y europeo. En el caso de la Unión Europea, la idea de crimen organizado pone el acento en actividades de estructuras organizadas y jerárquicas, como por ejemplo es el caso de la criminalidad organizada italiana y sobre todo la de tipo mafioso.

Sin embargo, en el ámbito latinoamericano no parece ser esta una exigencia especialmente definida, aunque se habla en algunos casos de organización y no sólo de asociación. La idea de organización supone un plus a la de mera asociación, ya que integra criterios funcionales necesariamente. En el caso brasileño, como el art. 1º de la ley 10.217 incluye la cuadrilla, bando u otra organización criminal, muestra un menor nivel de exigencias en ese punto.

En el derecho italiano la cuestión aparece abordada desde la perspectiva político-criminal a través del art. 416 bis del Código Penal con la figura de "*l'associazione de tipo mafioso*", introducida en 1982 por la ley 646. El último punto del tipo penal del art. 416 bis incluye en el concepto mafioso a la Camorra y otras asociaciones asimilables. Este tipo penal tiene una fuerte connotación sociológica y cultural. El tipo penal en cuestión exige "*forza di intimidazione del vincolo associativo*", "*condizione di assoggettamento e di omertà*", "método"

y "programa"³³. Estos aspectos son los que permiten la distinción con el vínculo asociativo básico ya visto.

d) *IMPUTACIÓN DEL DELITO ASOCIATIVO Y DE LOS DELITOS-FINES HACIA EL INTERIOR DE LA ORGANIZACIÓN*: La finalidad de los tipos penales asociativos o de organización criminal permite imputar a los sujetos el delito mismo de constituir la asociación criminal y según los casos, aquellos cometidos por la organización. Esto implica un gran desafío al principio de culpabilidad, pues exige la valoración de la imputación subjetiva y objetiva de los integrantes con el hecho.

En primer lugar —parece obvio decirlo— el principio de culpabilidad también rige en esta materia. Esto significa que se responde por asociación criminal sólo a título de dolo, es decir, que todos sus integrantes han de tener el conocimiento y voluntad de organizarse para cometer delitos indeterminados. Esta finalidad es relevante a la hora de distinguir la asociación criminal del mero concurso en el delito. El conocimiento del que se habla es el del número de intervinientes, la estructura asociativa —no es necesario saber su identidad— y la finalidad ilícita múltiple.

Por eso, algunas legislaciones, como ya se dijo, utilizan verbos típicos que describen modos de participación o complicidad que facilitan la imputación a título de autor a quienes realicen conductas parciales de integración asociativa criminal.

Así sucede, por ejemplo, en el caso del Código Penal español, ya que en sus arts. 515 a 519 tipifica conductas diferentes de asociación criminal. En el caso del art. 516 se habla de promotores y directores de bandas armadas o terroristas y se los distingue de los meros integrantes. En el art. 517 se distingue entre fundadores, directores y presidentes de las asociaciones y en el art. 518 a los cooperadores económicos que favorezcan la fundación o actividad de la asociación. En el art. 519 aparece especialmente tipificado el delito de provocación, conspiración y proposición a cometer el delito de asociación ilícita.

³³ Ver sobre el tema, INSOLERA, Gaetano, "I delitti contro l'ordine pubblico", ob. cit., p. 234. También el estudio de Carlo Federico GROSSO, "Le fattispecie associative: problemi dogmatici e di politica criminale", en *Criminalità organizzata* . . . , ob. cit., ps. 135 y siguientes.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta respecto de los delitos-fines que sólo responderán por ellos aquellos que según los criterios de imputación subjetiva y objetiva resulten reprochables. No todos los miembros de la asociación responden por todos los delitos que esta cometa.

En estos supuestos, debe considerarse cierta distinción dentro de la estructura jerárquica de la organización. Parece claro que quienes dirigen la organización criminal tienen respecto de los delitos-fines un dominio mediano de los sucesos que puede ser suficiente para imputarles el delito realizado por sus subordinados. En este sentido la doctrina ha señalado algunos criterios importantes. ROXIN, por ejemplo, habla de un dominio de la voluntad a través de aparatos organizados. Por su parte, en la teoría de JAKOBS, el organizador obtiene una competencia especial por integrar su conducta al comportamiento de los subordinados que lo hace responsable pero a título de coautor³⁴.

Sea cual sea la teoría sobre la autoría y la participación, en los hechos los problemas que se presentan son los siguientes:

Es obvio que el ejecutor directo del delito-fin responde por su hecho, además de responder por su integración en la asociación criminal. También lo hacen los partícipes de la organización que intervienen en el delito-fin bajo algún modo de complicidad establecido en el código nacional respectivo. En ninguno de ellos es posible hablar de participación o complicidad culposa o negligente, de manera que, por el solo hecho de formar parte en la organización, no se responde de todos los delitos. Se necesita, pues, al menos un conocimiento acerca del delito-fin que se comete y una aportación cuantificable, "moral" o "materialmente", es decir, una intervención.

El problema en verdad aparece en relación con los jefes de la organización respecto de los delitos de los subordinados.

³⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, ps. 267 y ss. Ver por su parte JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, ob. cit., ps. 764 y ss. También es importante su trabajo sobre el "Ocaso del dominio del hecho", ob. cit. Un estudio sobre la actualidad del debate es ofrecido en español por Kai AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Rev. "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, año V, nº 9-A.

En estos casos la doctrina, como se adelantó, muestra dos campos de respuesta fundamental.

En el caso de ROXIN y de alguna jurisprudencia de los tribunales alemanes se habla del “hombre de atrás” para referirse al jefe u organizador. Este “hombre de atrás” responde como autor mediato del delito ejecutado por el subordinado cuando aprovecha ciertas condiciones previamente estructuradas dentro de la organización que permiten que sus decisiones desencadenen determinados comportamientos. Esta referencia se vincula con el modo de estructura jerárquica de la asociación criminal —ya sea empresaria, militar, etc.— donde existe por parte de los subordinados una disposición originaria a cumplir los mandatos de los jefes u organizadores. En estos casos se puede hablar de una forma particular de dominio del hecho, donde lo que se domina en realidad son las voluntades. A estos supuestos ROXIN los denomina “dominio a través de aparatos organizados de poder”.

La particularidad de esta situación está dada por el hecho de que el ejecutor en realidad no obra propiamente coaccionado ni bajo error, que son las formas clásicas de autoría mediata según la doctrina latinoamericana. La originalidad del pensamiento de ROXIN en este punto reside en que el sujeto activo conoce la antijuridicidad y hacia adentro de la organización no existe una verdadera coacción sino una estructura jerárquica de toma de decisiones. Por eso ROXIN señala como un dato significativo de su concepto el hecho de que el sujeto activo sea fungible, esto es intercambiable, relativizando entonces su función dentro de la ejecución final y concreta del ilícito. Se habla en estos casos de un verdadero engranaje. Quien es empleado en una estructura organizativa, dice ROXIN, “de una manera tal que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le esta subordinada sin tener que dejar a criterio de otro la realización del delito”³⁵.

³⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio* . . . , p. 276. La problemática de la autoría y participación ha merecido un análisis particular por parte de Francisco

Por su parte, JAKOBS, que ha puesto en tela de juicio la operatividad de la doctrina del dominio del hecho, sostiene que en realidad el llamado “hombre de atrás” lo que hace es tomar parte en un reparto de competencias con sus subordinados de modo de configurar una organización común. Es por eso que, desde su perspectiva, el organizador o jefe es coautor del hecho ejecutado por el subordinado. Repárese en que, para JAKOBS, el dominio del hecho como concepto sólo aporta distinciones cuantitativas, no cualitativas. Esta última se vincula con roles y competencias que deben ser evaluadas según la estructura de toma de decisiones.

En la doctrina latinoamericana ambas teorías no alcanzan por el momento para dominar la discusión sobre el tema. Tradicionalmente en nuestro medio se reserva la noción de autoría mediata para los casos en que el ejecutor directo del delito desconoce la antijuridicidad de su conducta, está coaccionado o es un mero instrumento del jefe. Por eso, desde esa perspectiva el jefe sería sólo un partícipe en el delito cometido, rigiendo a su respecto los criterios fundamentales de accesoriedad de la participación. No parece ser esta, sin embargo, la solución adecuada desde la perspectiva de la política criminal. En estos casos, a nuestro entender, a través del concepto de dominio de voluntad, se puede imputar al jefe de la organización los delitos ejecutados por sus subordinados a través de la autoría mediata, en tanto se encuentre probado el conocimiento de los hechos.

Es por eso que en el orden de la imputación subjetiva será necesario, de todos modos, vincular al jefe de la organización, al menos del conocimiento del delito ejecutado por el subordinado. En este caso, basta a nuestro entender con el dolo eventual.

La Convención de Palermo sobre crimen organizado de 2000 recomendó como texto para tipificar estas cuestiones vinculadas con la participación el uso de los siguientes párrafos:

MUÑOZ CONDE en su estudio “¿Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizado en organizaciones no desvinculadas del derecho?”, en “Rev. Penal, n° 6, julio de 2000. Barcelona. También Kai AMBOS se ha encargado de reflexionar sobre el tema en *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

el que “organizzare”, “dirigiere”, “facilitare”, “favoreciere” tanto con su ayuda o consejo, la comisión de una infracción grave que implique un grupo criminal organizado.

e) *¿ES POSIBLE UNA PARTICIPACIÓN EXTERNA EN LA ORGANIZACIÓN?*: Es sabido que el Código Penal italiano prevé dos figuras básicas de crimen organizado. La primera, como ya se vio, es la del art. 416, conocida como “*associazione per delinquere*”. Este tipo penal exige para su configuración la concurrencia de tres o más personas para cometer delitos indeterminados, siendo sus verbos de imputación: promover, constituir u organizar. La pena se agrava por el uso de armas y por el número de diez o más personas.

Sin embargo, como quedó expuesto antes, el art. 416 bis prevé el tipo penal de “*associazione di tipo mafioso*”. En este caso se requiere las mismas características del tipo anterior, pero se suman las que definen la organización mafiosa. La organización mafiosa es tipificada, como se aclaró en su momento, a través del aprovechamiento de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de las condiciones de *assoggettamento* y de *omertà*, para cometer ilícitos, o para influir en la actividad económica, en las concesiones o autorizaciones de los servicios públicos o en relación con el ejercicio del derecho de voto en la actividad electoral.

El artículo 416 ter prevé como tipo penal agravado el intercambio de favores electorales con la organización mafiosa, sobre todo a través de promesas de votos para los candidatos.

En este marco debe estudiarse un modo particular de imputación utilizado en el derecho italiano que se conoce como la posibilidad de una participación externa en la organización criminal. La cuestión debatida es si existe algún punto intermedio de participación criminal en la organización mafiosa, esto es, si hay algo entre la plena integración del sujeto en la estructura o su impunidad a pesar de existir alguna relación con la organización criminal pero que no sea plena y total. La cuestión ha sido especialmente relevante en el caso “Andreotti” y en el fenómeno de “Mani Pulite”. También lo es en todos los supuestos donde aparezcan vinculados con la organización criminal, empresarios, políticos, abogados, contadores, funcionarios públicos, médicos, etcétera.

Parte de la doctrina penal señala que el concurso externo en el delito asociativo no tiene espacio en las reglas de imputación por cuanto el sujeto concurre o no en la asociación sin posibilidades intermedias. Desde esa perspectiva no hay grados de concurrencia en la asociación por más que en los hechos haya sujetos que tienen una mayor o menor intervención hacia adentro de la asociación.

Sin embargo, la jurisprudencia y otra parte de la doctrina señalan que la experiencia es demostrativa de modos difusos de integración de ciertos sujetos en las actividades de la organización criminal. Se trata, en esos supuestos, de individuos que no coinciden ni participan en los fines de la asociación, ni tienen una integración estable o permanente en la misma aunque en algunas ocasiones aportan información, medios, consejo profesional, etc. Es justamente el caso de contadores, abogados, médicos, etcétera.

En estos casos se habla, como dice Carlo GROSSO, de "*contiguità mafiosa*". En estos supuestos, doctrina y jurisprudencia no parecen distinguir la posición de aquellos que concurren externamente en la organización criminal para imputarles su participación.

La importancia político-criminal, incluso práctica de esta cuestión, puede verse en particular en la legislación sobre lavado de dinero. Esta legislación en el nivel internacional usualmente plantea graves problemas sobre este tema. Téngase en cuenta que numerosos profesionales aparecen en esas legislaciones como obligados a denunciar operaciones sospechosas. Entre esos profesionales están los notarios, los abogados, los contadores, etc. La cuestión problemática es la siguiente: ¿pueden esos abogados o contadores responder como partícipes de la organización criminal a partir de su tarea profesional, ya que son garantes puestos por la ley para evitar el lavado de activos?

De ser afirmativa la respuesta, ellos integrarían la organización criminal en la medida que conozcan —no basta la sospecha— la operatoria de la asociación (número de miembros, ilicitud de los actos jurídicos) y que esta operatoria sea reiterada con su auxilio profesional. En el caso de los delitos en concreto, incluso podrán aparecer como autores o coautores en comisión por omisión. Como se ve, en el campo latinoamericano la solución del concurso externo no parece ser

satisfactoria como para ser tenida en cuenta en el momento de resolver estos problemas.

Sin embargo, un modo especial de asumir esa situación es el previsto por el art. 152 del Código Penal uruguayo, cuando establece que “cualquier asistencia que se preste a la asociación susceptible de favorecer su acción o su mantenimiento, o su impunidad, fuera de los casos de participación o de encubrimiento, será castigada con tres a dieciocho meses de prisión”.

f) *FINALIDAD ASOCIATIVA ILÍCITA*: En este campo de análisis, el derecho comparado también incluye en la elaboración del concepto de organización criminal la finalidad de cometer delitos. En este sentido, la primera idea básica es que exista un cierto programa o planificación para la ejecución de delitos.

El segundo aspecto, en este orden, es la calidad de los delitos por cometer. En el derecho comparado, sobre todo europeo, la idea es que los delitos programados deben ser de cierta gravedad. En su momento, por ejemplo, la Convención Europol –policía europea, 1995– señaló que dada la heterogeneidad de los delitos del crimen organizado podía encontrarse un punto de referencia en su carácter internacional. Otras opciones mencionaron la gravedad de la pena prevista para los delitos como un modo de diferenciarlos.

En el caso del Consejo de Europa, la recomendación de diciembre de 1998 sobre acciones comunes contra el crimen organizado define la organización criminal “como la asociación estructurada por más de dos personas, estable en el tiempo, que actúa en modo concertado con el fin de cometer delitos castigados con una pena privativa de la libertad personal o una medida de seguridad privativa de la libertad no inferior a cuatro años o con una pena más grave”, agregando en el concepto delitos que son un medio para obtener un beneficio material o afectar la actividad de la autoridad pública.

La Convención de Palermo de 2000 también se refiere a delitos con penas privativas de la libertad cuya máxima sea al menos de cuatro años o más grave. En ese sentido se habla de la posibilidad de integrar al concepto las medidas de seguridad en tanto sean continuación de la pena privativa de libertad.

Como se ve, la caracterización de los delitos-fines se construye a través de la gravedad de las penas, la influencia en el orden económico, o la influencia en el orden político y electoral. De allí que el campo privilegiado de los delitos de las organizaciones criminales sean los delitos económicos, como dice el procurador sustituto antimafia italiano Laudati, aquellos delitos vinculados con bienes requeridos por el mercado: drogas, prostitución, órganos, armas o dinero³⁶.

En el caso de la legislación brasileña, parece claro que la organización criminal sólo se tipifica cuando tiene prevista la comisión de delitos pero no de contravenciones.

De lo dicho se advierte la relación entre criminalidad organizada y delito económico, que se ha hecho aún más evidente en nuestros días. Esto supone desde la perspectiva de la dogmática un doble desafío. El primero es definir correctamente el crimen organizado, pero el segundo está vinculado con un campo altamente conflictivo, como es el de la criminalidad económica. En ese sentido, explica Klaus VOLK que el moderno derecho penal de la economía debe combatir agresiones a funciones e instituciones, donde no aparece más que en forma muy abstracta la afectación de bienes individuales. Se habla en estos casos del anonimato de la víctima, lo que dificulta doblemente la persecución penal y la legitimación político-criminal³⁷.

Por eso es necesario recordar el concepto de crimen económico que brinda la dogmática penal contemporánea. Buscando un concepto comprensivo de todos los aspectos del delito económico, Carlos PÉREZ DEL VALLE define a esos ilícitos como aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente en general o en alguna de sus instituciones en particular, afectando el sistema

³⁶ Un delito clave en este momento con referencia al crimen organizado es el de lavado de dinero. Puede verse el excelente trabajo de BOTKE, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero*, "Revista Penal", Barcelona, julio de 1998.

³⁷ Cfr. VOLK, Klaus, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, p. 43, donde explica que "il moderno diritto penale dell'economia (...) deve combattere aggressioni a funzioni ed istituzioni. Con tale astrazione dai beni giuridici individuali scompaiono anche le vittime individuali. L'anonimità della vittima, un ostacolo spesso lamentato nella lotta alla criminalità economica, è insita, in parte, nella situazione stessa, ma in parte è anche un prodotto della tecnica legislativa moderna".

de mercado. En la doctrina española tradicional, Miguel BAJO FERNÁNDEZ enseña que en sentido estricto se denomina derecho penal económico al conjunto de normas penales que protegen el orden económico, que es entendido como la regulación jurídica de la participación estatal en la economía. En buena medida, el derecho penal económico es una parte de la regulación jurídica de la actividad del mercado³⁸. De allí, entonces, la grave afectación del mercado que produce la actividad de la criminalidad organizada, al alterar no sólo el intercambio de bienes y servicios en el orden privado sino también en el orden público y político.

g) *CARÁCTER TRANSNACIONAL*: Vinculado con su perfil económico, el crimen organizado trasciende las fronteras estatales. En el nivel europeo se tiene en cuenta entre las características del crimen organizado, y en especial de los delitos-fines, su carácter transnacional. El procurador nacional antimafia italiano, Piero Luigi VIGNA, señala que debe distinguirse claramente entre “*transnazionalità*” y “*internazionalità*”. El carácter internacional sólo hace referencia a que un grupo realiza delitos que van más allá de la frontera de un Estado. Sin embargo, la noción de “transnacional” se refiere a la cooperación entre grupos criminales de distintos países con el fin de gestionar alguna actividad ilícita lucrativa³⁹. Esto se da en especial en los casos de tráfico de estupefacientes, de personas, de armas, etc. Por eso se habla en Europa de un espacio judicial europeo con el fin de responder a esa modalidad transnacional del delito⁴⁰.

Explica VIGNA que la noción de transnacionalidad está vinculada con el tipo de productos sobre los que trabaja el crimen organizado: estupefacientes, residuos radiactivos, ar-

³⁸ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal*. “Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos”, Madrid, 1993, p. 563. Ver igualmente PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Introducción al derecho penal económico” en *Curso de derecho penal económico*, a cargo de Enrique Bacigalupo, Madrid, 1998, p. 23.

³⁹ Conforme las conferencias que brindara Piero Luigi VIGNA en la Universidad Austral, en Buenos Aires, en octubre de 2001, y luego en la Universidad de Salerno (Italia) en abril de 2002, dentro del III Corso Internazionale di Diritto Penale.

⁴⁰ Cfr. VIGNA, Piero L., “Le nuove frontiere”, en *Diritto penale europeo*, Cedam, Milano, 2001, p. 195.

mas, obras de arte e incluso seres humanos. Estos bienes deben ser trasladados de los países de producción o apropiación a los países de consumo, atravesando a su vez distintos Estados. Se establece entonces una verdadera sinergia entre los distintos grupos que construyen una cadena a través de los diferentes países. Por eso recuerda el fiscal italiano que en 1997 el presidente francés lanzó la idea de un espacio judicial europeo. En Italia, la Dirección Nacional Antimafia es justamente el punto central de contacto con esa red judicial que investiga el crimen organizado y, desde hace poco tiempo, también al terrorismo en el nivel transnacional⁴¹.

En ese sentido, la transnacionalidad del crimen organizado requiere medidas operativas en el orden procesal entre los Estados. Por eso, el denominado "espacio judicial europeo" se vio fortalecido en los últimos tiempos por la decisión de instrumentar las conclusiones del Consejo Europeo de los gobiernos de los quince Estados miembros de Tampere de 1999. Allí se puso el acento en el reforzamiento de la lucha contra la criminalidad organizada y se proyectó la institución de la Oficina de Eurojust, formada por integrantes del Ministerio Público, jueces o funcionarios de policía. Su finalidad es coordinar las acciones contra el crimen organizado, en especial lo vinculado con los procesos de detención y entrega de imputados.

En ese marco recuerda ROZO ACUÑA la más reciente propuesta de la Unión Europea de lucha contra la delincuencia internacional organizada es la del mandamiento de detención y entrega europeo, que encuentra su justificación en la necesidad de construir el tercer pilar de la Unión, es decir el espacio de libertad, seguridad y justicia, según el Título VI del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992, y Amsterdam, 1997). A partir de este punto, en los Consejos europeos de los gobiernos de los quince Estados miembros de la UE de Tampere y de Gand se solicitó a los ministros competentes la aprobación de los procedimientos concretos en materia de orden o mandamiento europeo de detención y entrega. Según señala el profesor de la Universidad de Urbino, se trata de crear un espacio común de justicia, aunque todavía no exista un derecho penal europeo común. Con este nuevo instrumento jurídico, se hace posible que, cuando la autoridad

⁴¹ Cfr. VIGNA, Piero L., ob. cit., p. 201.

judicial de un Estado de la UE solicita la captura de una persona, la decisión sea ejecutiva y cumplida en todo el territorio de la UE y la persona, objeto de la detención, entregada al Estado solicitante.

Explica ROZO ACUÑA que mediante esta fórmula no se alude a una orden emitida por un juez europeo —que no existe— sino a una providencia sometida a un procedimiento especial de cooperación judicial simplificada entre los Estados miembros de la UE. Más específicamente, se trata de un procedimiento que, una vez aceptado, obliga a los Estados a hacerlo efectivo o ejecutivo en el propio territorio, con algunas limitaciones o excepciones que pueden llevar al rechazo o negación de la detención o de la entrega⁴².

h) *BENEFICIO ECONÓMICO*: Un aspecto que se ha venido señalando en la caracterización del crimen organizado es el vinculado con el beneficio económico o material en general. Se suele hablar en estos casos de criterios de organización empresarial dentro de la asociación criminal.

Por esos motivos aparece en la discusión la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En algunos estados predomina el principio "*societas delinquere non potest*"; en otros ya se ha integrado al reproche penal a las personas jurídicas.

En este punto, el sustituto procurador antimafia italiano, Antonio Laudati, distingue tres situaciones fundamentales en la relación del crimen organizado con la empresa: la primera es la empresa tomada como modelo de organización criminal, es decir, la copia de su estructura de toma de decisiones, sus características de gerenciamiento, su objetivo de beneficio, su sistema de desarrollo globalizado.

La segunda es la empresa como instrumento, es decir que la asociación criminal se vale de la constitución de una empresa como medio para realizar los delitos-fines que integra en su estrategia o planificación. La empresa se confunde aquí con una parte de la organización criminal.

⁴² Cfr. ROZO ACUÑA, Eduardo, *El mandamiento europeo de detención, ED*, Suplemento Penal, agosto de 2002.

Y finalmente, en tercer lugar, la empresa tomada como ámbito de aplicación de ganancias, es decir, de legitimación de los activos obtenidos ilícitamente. En este caso se está ante los tipos penales contemplados en la legislación antilavado⁴³.

Es importante tener en cuenta que existen diferencias a veces relevantes entre las legislaciones que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas y aquellas otras que sostienen el principio "*societas delinquere non potest*". Estas diferencias finalmente tendrán su importancia práctica al momento de definir el reproche penal y los modos de imputar el ilícito. Es evidente que en una legislación donde no es posible sancionar penalmente a las personas de existencia ideal, tanto la teoría como la jurisprudencia deberán constituir reglas de imputación que permitan identificar la persona de existencia real que ha de responder por el hecho. Dada la complejidad de las estructuras de adopción de decisiones dentro de las organizaciones empresarias, se puede advertir el desafío que esto significa para el derecho penal y la importancia de precisar esos principios o reglas de imputación al interno de la organización.

A partir de esta cuestión surge un instrumento vinculado con la tipicidad que conviene considerar. En aquellas legislaciones donde predomina el principio "*societas delinquere non potest*", se utilizan con mayor extensión fórmulas de responsabilidad penal denominadas "actuar en lugar de otro" para alcanzar al sujeto individual. Así por ejemplo, el art. 31 del Código Penal español y el parágrafo 14 del Código Penal alemán (StGB). Estas fórmulas fundamentalmente quieren solucionar un problema de tipicidad e imputación. Se utiliza el "actuar en lugar de otro" cuando se quiere imputar penalmente a algún directivo de la empresa por un delito especial donde, sin embargo, el sujeto físico no posee las características indicadas en el tipo penal para responder por el delito.

El artículo 31 del Código Penal español señala que "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no con-

⁴³ Clase dictada por el procurador Antonio Laudati en el III Corso Internazionale di Diritto Penale, en Napoli, abril de 2002.

curran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe”.

Dicho de otro modo, el “actuar en lugar de otro” resuelve un problema que se plantea en los llamados “delitos especiales”. En estos delitos se habla generalmente del “responsable tributario”, del “beneficiario”, del “deudor”, etc., para referirse a la empresa como entidad jurídica. Por eso, estrictamente hablando, sólo puede cometer el delito la propia empresa que es la que resulta beneficiaria impositiva, responsable tributaria, etc. Como en algunos de esos sistemas no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, para evitar la impunidad del ilícito se recurre a esta fórmula especial del “actuar en lugar del otro” para poder reprocharle a la persona individual la conducta realizada. Ciertamente no es una fórmula ideada para suplir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino para solucionar problemas de tipicidad o autoría; pero en la práctica el legislador penal se vale de ellas para resolver cuestiones político-criminales donde aparece la empresa.

Tanto GRACIA MARTÍN como Jesús SILVA SÁNCHEZ sostienen que el “actuar en lugar de otro” es una cláusula de transferencia por la cual se pueden imputar delitos especiales propios a sujetos que son “*extranei*”, pero que en la realidad están en una situación de dominio. Dada esa situación se los considera autores –hay una transferencia de los elementos objetivos de la autoría– como si revistieran las características del “*intranei*”. Las fórmulas del “actuar en lugar de otro” aparecen en la legislación argentina, la española, la alemana, tanto mediante fórmulas generales dentro del código penal –España y Alemania– como en las leyes especiales en materia penal económica⁴⁴.

Desde nuestro punto de vista, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no tiene la relevancia

⁴⁴ Ver sobre el tema GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, Zaragoza, 1985, ps. 83 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El actuar en lugar de otro en el Código Penal español*, Instituto Peruano de Ciencias Criminales, Lima, 2000. Para la legislación argentina puede consultarse RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan M., *El derecho penal en la actividad económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.

que aparenta si nos atenemos a la extensión del debate suscitado. En el orden operativo creemos necesario señalar que basta con que la legislación penal permita la aplicación de medidas preventivas o de seguridad contra las personas jurídicas a través del juez penal para que la cuestión político-criminal quede resuelta. Es el caso, a nuestro entender, de la legislación española, brasileña y argentina. Incluso, según alcanzamos a ver, de la propia legislación italiana, que siempre ha sido tan celosa en custodiar la noción de culpabilidad con un carácter eminentemente personal.

i) *CORRUPCIÓN POLITICA*: Finalmente, en los últimos años se ha establecido que el crimen organizado adquiere su verdadera operatividad cuando afecta la estructura de ejercicio de la autoridad pública. Esto significa no sólo que la asociación criminal pone en crisis la paz y la seguridad social, sino que necesita corromper el ejercicio mismo de la autoridad.

Esto ha sido puesto de manifiesto por HASSEMER al indicar que no alcanza con describir al crimen organizado a través de su estructura o sus fines sino que es necesario poner en evidencia la esencial vinculación que tiene con la corrupción política, de cualquiera de los poderes del Estado. La verdadera criminalidad organizada, en consecuencia, supone la afectación de los principios básicos de legitimación en el ejercicio del poder público.

El caso de la legislación italiana, como se vio, a través del art. 416 bis y 416 ter del Código Penal, ponen el acento en la obtención de beneficios de las licitaciones y concesiones públicas y de la obtención de favores electorales.

Dice sobre este particular Susan ROSE ACKERMAN que los negocios ilegales funcionan con seguridad cuando se paga a la policía, los políticos o los jueces, haciéndolos partícipes de las ganancias. A partir de este punto, el peligro surge cuando los grupos criminales se hacen cargo de ámbitos de comercio legal gracias a la complicidad de los funcionarios, tanto por omisión como por acción. Las licencias, las licitaciones, la construcción, son áreas de especial interés para la criminalidad organizada y que requiere de la intervención de la burocracia estatal. La descripción de ROSE ACKERMAN es en este punto de especial significación para América Latina, pues

señala a la ineficacia, la falta de idoneidad, el clientelismo político, los bajos salarios de los funcionarios, la falta de independencia judicial y la carencia de motivaciones como causas fundamentales de la corrupción⁴⁵.

§ 11. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA CUESTIÓN. — Luego de este recorrido por algunos de los problemas que presentan los tipos penales utilizados por la política criminal para enfrentar el crimen organizado, creemos necesario para terminar hacer unas breves reflexiones de tipo coloquial.

En primer lugar, la operatividad de la categoría jurídica crimen organizado y de los tipos penales que se utilizan para definirla modifica en buena medida los criterios clásicos de legitimidad y de imputación del derecho penal. Por eso la respuesta judicial debe estar atenta a los nuevos instrumentos conceptuales de la dogmática penal.

La Procura Nazionale Antimafia en Italia suele hablar de una legalidad variable en esta materia, dando a entender que existen nuevos modos de interpretar la legalidad de fondo y procesal en el campo del crimen organizado. En la dogmática penal, SILVA SÁNCHEZ ha acuñado la idea de un derecho penal de dos velocidades para un derecho penal que no aplique sanciones privativas de la libertad, sino medidas, multas, inhabilitaciones, etcétera.

Esto muestra que desde perspectivas bien diferentes se considera que la taxatividad y las reglas de imputación en este campo tienen peculiaridades diferentes a las del derecho penal nuclear.

En segundo término, debe reconocerse que en este ámbito la magistratura tiene un papel importantísimo que cumplir, por cuanto es responsable de cerrar definitivamente los tipos penales a través de valoraciones de orden político-criminal.

En tercer término, debe reconocerse que el uso de los tipos penales contra el crimen organizado requiere una estructura procesal diferente a los de los delitos clásicos. En este orden la única forma de hacer operativa la política criminal contra el crimen organizado es a través de institutos,

⁴⁵ Cfr. ROSE ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.

medios de prueba y formas de valoración de las mismas que reconozcan la peculiaridad del fenómeno.

En cuarto término, es imprescindible reconocer que en el área del Mercosur no hay posibilidad de enfrentar con éxito los delitos del crimen organizado si no es a través de una actividad policial y de la magistratura coordinada y de fuerte e intensa cooperación.

Los ejemplos de Europol y Eurojust de la Unión Europea, que tienden a una actividad coordinada e incluso en cierto modo unificada de la policía y el Público Ministerio, pueden ser tomados como un punto de referencia.

Como se ve, en el campo de los países latinoamericanos hay aún un largo camino por recorrer en materia de estudios comunes, discusiones técnicas, políticas y judiciales que deben realizarse sobre este fenómeno. Quizás el retraso que llevamos en esta materia a pesar de las fronteras comunes y permeables que compartimos se deba a un fenómeno funcional al crimen organizado: esto es, la corrupción pública.

En consecuencia, creemos que es una tarea fundamental de los juristas, magistrados y fiscales llevar adelante medidas concretas para tener instrumentos compartidos, homogéneos y coherentes que faciliten la respuesta penal contra el crimen organizado dentro del marco del Estado de derecho.

CAPÍTULO III

LOS DELITOS DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*

§ 12. INTRODUCCIÓN. — El Código Penal de 1995 regula los delitos de terrorismo en los arts. 571 a 580, dentro de los delitos contra el orden público. Por otro lado, las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas se regulan como asociaciones ilícitas en los arts. 515.2 y 516.

Este grupo de delitos consisten en la realización de determinadas conductas que en sí ya son delictivas, pero que adquieren el estatus de delitos de terrorismo por la especial forma de comisión de los delitos comunes y por la finalidad que se persigue con su ejecución. Se caracterizan porque su comisión no sólo afecta a los bienes jurídicos individuales atacados, sino también, en un plano simbólico¹, a los “elementos esenciales de la organización o convivencia social recogidos en la Constitución”².

* Por MARIONA LLOBET ANGLÍ. Becaria de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

Nota (abreviaturas utilizadas): AN (Audiencia Nacional), CE (Constitución española), CP (Código Penal), LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), LO (Ley Orgánica), SAN (Sentencia de la Audiencia Nacional), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TC (Tribunal Constitucional), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TS (Tribunal Supremo).

¹ CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 96.

² CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000*, Rev. “Jueces para la Democracia”, nº 44, julio de 2002, ps. 19 a 26, 23 y 24.

El fenómeno terrorista cobra en España una trascendencia especial, pues desde ya hace algunas décadas son muy frecuentes los atentados por parte de la banda terrorista ETA, constituyendo para el Gobierno uno de los problemas estructurales más importantes de España y de más difícil solución. Este hecho, cualificado por una opinión pública muy sensible ante el terrorismo, que lo sitúa como el segundo problema más grave de España según una encuesta realizada por el Centro de Investigación Sociológica en julio de 2004³, y que demanda una protección más eficaz frente a esta forma de delincuencia, ha dado lugar en nuestra legislación penal a la extrema gravedad de las penas señaladas a los delitos relacionados con el terrorismo en las distintas leyes que lo han regulado y, en el ámbito de las garantías, su flexibilización cuando éstas tienen que aplicarse a delincuentes terroristas.

La reciente LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que modifica el límite máximo de cumplimiento de las penas elevándolo excepcionalmente a cuarenta años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigando con pena de prisión superior a veinte años (el Código Penal preveía antes de dicha reforma una pena de treinta años para estos supuestos).

Respecto de la flexibilización de las garantías, la propia Constitución, en su art. 55.2, establece los derechos fundamentales a que la detención preventiva no exceda de 72 horas, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones pueden ser suspendidos. Este precepto ha sido desarrollado por la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim, que prolonga la detención policial en caso de delitos relacionados con el terrorismo hasta cinco días, y amplía las facultades policiales de allanamiento y registro domiciliario, y observación postal, telegráfica o telefónica. Sin embargo, respecto de este punto debe tenerse en cuenta la STC de 3 de marzo de 1994 (ponente, Cruz Villalón), que establece los

³ En el barómetro de julio (2004) el terrorismo de ETA es considerado como el segundo mayor problema de la sociedad española, siempre por detrás del desempleo (noticia publicada en "La Vanguardia" del 11 de septiembre de 2004), exactamente igual a lo que apuntaba el barómetro de diciembre (2002) también del Centro de Investigaciones Sociológicas (noticia publicada en "La Vanguardia" de 30 de enero de 2003).

requisitos para que el desarrollo del art. 55 de la Constitución española sea constitucional. Además, esta sentencia declara inconstitucional el art. 504 bis de la LECrim, que permitía suspender el levantamiento de la prisión provisional acordado por el juez en caso de preso acusado de terrorismo si el Ministerio Fiscal recurría dicha decisión.

Por último, debe señalarse que la LO 7/2003, de 30 de junio, a la que hemos hecho referencia, también ha modificado el régimen de otorgamiento del tercer grado penitenciario y de la libertad condicional, regulado en el Código Penal y en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, limitando su acceso cuando tienen que otorgarse a sujetos condenados por delitos de terrorismo.

§ 13. CONCEPTO DE TERRORISMO. — Hoy en día la palabra “terrorismo” está de moda en el mundo, pero lo cierto es que todavía no existe en la legislación internacional ninguna definición jurídica (o jurídico-penal) de este concepto válida para todos los países, lo que conlleva que se use indistintamente por las fuerzas más opuestas.

Por ejemplo, como apunta Isaac BIGIO⁴, “en la Guerra Fría, los Estados Unidos propagandizaron como ‘combatientes por la libertad’ a fuerzas como las de Bin Laden, que hoy acusa de ‘terroristas’. Bin Laden justifica el ataque del 11 de septiembre aduciendo que los Estados Unidos son el peor terrorista (. . .) Para Moscú, el peor terrorismo es el de los chechenos separatistas y para éstos el mayor terrorismo es el del ejército ruso que arrasó su capital matando a decenas de miles de civiles. Israel ataca a Hamas e Hizbolah como terroristas, pero Siria y muchos países musulmanes los consideran independentistas palestinos y quieren juzgar a Sharon como criminal de guerra”. Esto demuestra que este concepto es usado por muchos para criminalizar al opositor, lo que lleva a confundir los actos delictivos de carácter terrorista y a sus víctimas con las acciones de los movimientos de liberación nacional, la autodeterminación de los pueblos y la resistencia armada legítima frente a la ocupación extranjera o la opresión de un régimen dictatorial.

⁴ BIGIO, Isaac, *¿Es viable el concepto de terrorismo?*, Rev. “Fractal”, 16/2/02, <http://www.analitica.com/cyberanalitica/fractal/6672581.asp>.

Sin embargo, es necesaria una definición de terrorismo válida internacionalmente si no queremos que se convierta en un concepto manipulado por los distintos grupos enfrentados para favorecer sus propios intereses y, si de verdad quiere elaborarse la Convención Internacional contra el Terrorismo, que ya se está debatiendo, y se desea acabar con aquellos grupos que efectivamente constituyen este fenómeno.

De todos modos, en este trabajo lo que interesa es establecer cuál es el concepto jurídico-penal de terrorismo usado por el Código Penal español, aunque tampoco en nuestra legislación interna existe, ni ha existido, una definición expresa de terrorismo en ningún cuerpo legal.

La ausencia de una definición de este concepto llevó a que, en 1988, se presentara un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco contra determinados preceptos de la LO 3/1988, de 25 de mayo de 1988, de reforma del Código Penal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. Argumentaba la parte recurrente que el empleo por los preceptos penales de la expresión “organizaciones terroristas” atentaba contra el principio de legalidad penal, por resultar inconciliable con las exigencias de tipicidad derivadas del art. 25.1 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 12 de marzo de 1993 (ponente, De la Vega Benayas), desestimó el recurso al sostener que “la introducción de la expresión ‘organizaciones terroristas’ sin definición expresa no resulta inconstitucional ya que el referido texto se inserta en el seno de un ordenamiento que proporciona datos para la determinación clara y precisa de la noción lo que satisface el principio de tipicidad penal”.

En nuestra legislación, el concepto jurídico-penal de terrorismo puede (y debe) obtenerse a través de la interpretación sistemática de la regulación que realiza el Código Penal de 1995 y de su desarrollo jurisprudencial. De este modo, se deduce del texto de la ley que son bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas aquellas bandas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública⁵. Es, pues, este

⁵ En sentido similar, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, “Parte especial”, 15ª ed., Valencia, 2004, p. 904.

elemento teleológico o de finalidad lo que caracteriza a una banda, organización o grupo como terrorista.

El artículo 571 se refiere a bandas armadas organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Y, a continuación, los arts. 572 a 577 cambian esta expresión por la palabra “terroristas”.

Por su parte, la jurisprudencia establece los rasgos que son propios del terrorismo partiendo del derecho positivo y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Según la jurisprudencia, sus características son: los medios empleados, estragos y explosivos, el resultado producido, un clima de terror colectivo o situación de alarma, y la finalidad política o social pretendida por sus autores, y que conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático. Y en conjunción con este aspecto externo del terrorismo, “su perfil interno se concreta en la presencia de pluralidades individuales con carácter asociativo, dotadas de una estabilidad y permanencia” (SAN de 20 de octubre de 2001, ponente Ollero Butler).

§ 14. CONCEPTOS DE BANDA ARMADA, ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA. — a) *BANDA ARMADA TERRORISTA*: Las SSTS de 14 de diciembre de 1993 (ponente, Montero Fernández-Cid) y de 29 de julio de 1998 (ponente, Delgado García), la STC de 16 de diciembre de 1987 (ponentes, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) y más recientemente la SAN de 26 de marzo de 2001 (ponente, López Ortega) establecen las notas o elementos que caracterizan a una banda armada terrorista, partiendo de la premisa de que se trata de un concepto precisado de “hermenéutica restrictiva”. Pueden resumirse del siguiente modo:

1. *Elementos estructurales.* a) Que exista realmente una banda, es decir, una asociación de varias personas que tenga por objeto cometer delitos.

b) Que tal banda sea armada, esto es, que utilice en esa actuación delictiva armas de fuego, bombas de mano, granadas, explosivos u otros tipos de armamento semejantes.

c) Es esencial la nota de permanencia y estabilidad del grupo armado, que exige que se trate de agrupaciones u organizaciones de las que nacen vínculos estables o permanentes, y nunca transitorios o de carácter ocasional.

d) Que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones esté presidida por las ideas de jerarquía y disciplina.

e) La realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas por parte de estos grupos.

f) Que la clase de delitos que cometan sean, básicamente, de naturaleza grave: homicidios, asesinatos, secuestros, etcétera.

2. *Elemento teleológico de alteración del orden constitucional o la paz pública.* En su *vertiente objetiva*, significa que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen produzcan miedo o causen inseguridad a un grupo o a la generalidad de la población con tal intensidad que suponga un ataque a la sociedad democrática o se impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales, propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana.

En su *vertiente subjetiva*, se requiere un especial elemento subjetivo del injusto. Es necesario que la organización persiga con su actuación delictiva y armada una doble finalidad: 1) la de producir miedo, inseguridad, situación de alarma en la población, y así 2) subvertir el orden constitucional, esto es, atentar contra el actual sistema jurídico basado en el Estado social y democrático de derecho, o bien alterar la paz pública, es decir la normalidad de la convivencia ciudadana, sin poder así ser ejercitados los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Por tanto, sea subvirtiendo el orden constitucional, sea alterando la paz pública, en último extremo se produce un atentado contra la Ley Fundamental.

La práctica jurisprudencial en España demuestra que la casi totalidad de sentencias dictadas por la AN, en relación con los delitos de terrorismo, se refieren a ETA, organización de la que no hay duda de que se trata de una banda armada terrorista. No obstante, también debe hacerse mención al trato jurisprudencial que se ha dado a los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), formados por altos miembros del Go-

bierno y la policía española para vencer al terrorismo de ETA fuera de los cauces constitucionales y legales. La primera sentencia que se pronunció sobre sus actuaciones estableció que no se constataba la existencia de banda armada terrorista, aunque en posteriores pronunciamientos se cambió de criterio.

En el caso del secuestro de Segundo Marey por parte de los GAL, se condicionó la puesta en libertad del secuestrado a la salida de la prisión francesa de cuatro policías españoles que habían sido detenidos en este país cuando intentaban detener a un alto dirigente de ETA para trasladarlo a España. La STS de 29 de julio de 1998 (ponente, Delgado García) estableció que no existía banda armada terrorista formada por el conjunto de personas que participaron en el secuestro, porque faltaban algunos de los requisitos necesarios para conformar este concepto: la estabilidad del grupo, el carácter armado y la perturbación de la convivencia ciudadana.

Sin embargo, posteriormente a esta sentencia, la SAN de 4 de junio de 1999 (ponente, Arteaga Cerrada) y la STS de 30 de abril de 2001 (ponente, Martínez Arrieta), establecen que estos grupos tienen la consideración de banda armada terrorista.

b) *ORGANIZACIÓN TERRORISTA O GRUPO TERRORISTA*: Las notas que definan estos conceptos deben ser las mismas que acabamos de mencionar para las bandas armadas terroristas. Si nos ceñimos al tenor literal del precepto, el único requisito que no sería necesario para estas organizaciones o grupos sería el elemento armado, aunque es difícil imaginar una organización o grupo terrorista, que por tanto deben tener la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública en la forma que acabamos de explicar, sin ningún tipo de armamento.

De todos modos, debe señalarse que la jurisprudencia usa en sus sentencias de forma alternativa y como sinónimos los tres conceptos: “banda armada”, “organización” o “grupo terrorista”, y hasta mezcla distintas nomenclaturas.

La jurisprudencia de la AN y del TS, al referirse a ETA en sus sentencias, lo hace indistintamente con las expresiones “banda armada”, “organización”, “organización armada” o “grupo armado”. Y la SAN de 20 de octubre de 2001 (ponente,

Ollero Butler) ha establecido que “banda armada, organización terrorista y grupo terrorista no son sino realidades sociológicas de significado unívoco cuando propugnan la finalidad ya estudiada”.

§ 15. SUJETOS ACTIVOS. — Los sujetos que pueden cometer los denominados “delitos de terrorismo” son:

a) *Los “pertenecientes”*: Son la parte integrante, los miembros de la organización. En relación con los arts. 515.2 y 516 del Cód. Penal, debe entenderse que los que pertenecen a una banda armada u organización terrorista son sus promotores, directores y dirigentes y los integrantes en general⁶. Estos últimos se caracterizan por seguir las directrices de ésta, asumir su jerarquía y servir a los objetivos perseguidos, y ello de forma estable (SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado).

b) *Los que actúen al servicio*: A este grupo pertenecen aquellos sujetos que, sin ser integrantes, realizan “trabajos” puntuales al servicio de la banda. Por ejemplo, los denominados “sicarios” o “asesinos a sueldo”.

c) *Los colaboradores*: Son las personas que, sin pertenecer a la banda, organización o grupo, favorezcan de algún modo a la actividad terrorista. El art. 576, Cód. Penal, establece qué debe entenderse por actos de colaboración.

La STS de 28 de junio de 2001 (ponente, Jiménez García) establece la diferencia entre la pertenencia y la colaboración: “la pertenencia supone una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576 del Cód. Penal que define comportamientos propios de complicidad, por lo tanto de naturaleza periférica en el marco de la actividad de las bandas terroristas, y que constituyen un auxilio o preparación de otro comportamiento”. Creo que la diferencia entre los colaboradores y los que actúan al servicio es que estos últimos realizan actividades no periféricas, como los colaboradores, sino pertenecientes al “núcleo duro” de la actividad

⁶ Ya en este sentido, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., “Comentario al artículo 571 del Código Penal español”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1997, t. III, ps. 4883 a 4891, esp. p. 4884.

terrorista: homicidios, asesinatos, secuestros, etc., aunque ambos grupos compartan la característica de no pertenecer a dichas bandas u organizaciones terroristas.

§ 16. CONDUCTAS TÍPICAS DE BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS. — Están contempladas en los siguientes artículos del Código Penal:

“Art. 571: Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.”

“Art. 572: 1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas incurrirán:

“1º. En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

“2º. En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 o 150 o secuestraran a una persona.

“3º. En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

“2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.”

“Art. 573: El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean

cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores.”

“Art. 574: Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.

”Para que concurra un delito de terrorismo, los sujetos que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas tienen que cometer alguno de los siguientes delitos con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública para que concurra un delito de terrorismo (...).”

a) *ESTRAGOS O INCENDIOS TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 346 Y 351 DEL CÓDIGO PENAL*: La pena aplicable es la de prisión de quince a veinte años, “sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”, y que por tanto se resolverá sobre la base de las reglas del concurso ideal de delitos.

1. *Delito de estragos*. Dice el artículo 346: “Los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos (...) cuando estas conductas comporten necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años”.

Por tanto, es delito terrorista de estragos, por ejemplo: i) la colocación de un paquete con un artefacto explosivo junto a la puerta de una sucursal bancaria (SAN de 14 de enero de 2002, ponente Cezón González), ii) la colocación de un paquete bomba en una central telefónica (SAN de 16 de noviembre de 2000, ponente Arteaga Cerrada), iii) el abandono de un vehículo en la vía pública, cerca de varias guarderías infantiles cargado con explosivo (SAN de 13 de noviembre

de 2000, ponente Murillo Bordallo), o *iv*) la colocación de un artefacto explosivo en una pared de un cuartel de la Guardia Civil (SAN de 8 de junio de 1999, ponente Salinas Alonso), por parte de miembros de una organización terrorista.

Cuando los aparatos explosivos colocados para tal efecto no estallan por causas ajenas a la voluntad de los sujetos activos, los estragos se aprecian en grado de tentativa.

En caso de que la explosión produzca la muerte de personas, la jurisprudencia siempre aprecia el delito de estragos terroristas en concurso⁷ con el delito de asesinato u homicidio terrorista correspondientes en aplicación de la norma concursal, “sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”. Por ejemplo, la SAN de 22 de noviembre de 2002 (ponente Fernández Prado) aprecia dicho concurso en un caso en que miembros de ETA adosan un artefacto explosivo en los bajos de un coche de un capitán de la Guardia Civil, causándole la muerte.

En cambio, la AN y el TS nunca aplican el delito terrorista de estragos en grado de tentativa cuando éste concurre con un delito terrorista de asesinato en grado de tentativa. Por ejemplo, la SAN de 6 de noviembre de 2002 (ponente, García Pérez) que enjuicia el caso en que una carta bomba es enviada por ETA al Ministro de Justicia, pero desactivada por los especialistas de la Guardia Civil, condena al sujeto activo como autor de un delito de asesinato terrorista en grado de tentativa, pero no por la tentativa del delito terrorista de estragos.

2. *Delito de incendio*. En el artículo 351 se dispone: “Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años”.

b) *HOMICIDIO O ASESINATO*: Se castiga con pena de prisión de veinte a treinta años.

Es asesinato terrorista, por ejemplo: 1) la muerte de un concejal, abatido por disparos, cuando este se disponía a entrar en su coche (SAN de 4 de diciembre de 2002, ponente Díaz

⁷ Se desprende que real, aunque no se diga expresamente en las sentencias.

Delgado), o 2) estacionar un vehículo con carga explosiva, y en el momento en que el coche de una alcaldesa pasaba frente al coche bomba, accionar el mando (SAN de 30 de junio de 2000, ponente Díaz Delgado), por parte de miembros de una banda armada terrorista.

En todos los casos en que un grupo terrorista da muerte a un sujeto se considera que concurre la figura del asesinato (terrorista) y no la del homicidio, por apreciarse la circunstancia de la alevosía al usarse medios o formas que aseguren la acción, con una sola excepción. La SAN de 18 de mayo de 1999 (ponente, Campos Martínez) estableció que en un caso en el que se había dado muerte a un *ertzaina* cuando sorprendió a dos miembros de ETA en una furgoneta con matrícula falsa con la que se dirigían a cometer un atentado para evitar ser descubiertos, no concurre el delito de asesinato terrorista sino el de homicidio terrorista por considerar que el resultado de muerte es imputable a título de dolo eventual. De todas formas, la calificación de homicidio o asesinato, a efectos de la pena, es irrelevante.

c) *LESIONES AGRAVADAS. SECUESTRO*: En los artículos 149 y 150, respectivamente, se impone una pena de prisión de quince a veinte años.

Es delito de secuestro terrorista, por ejemplo: el encierro o detención durante más de 500 días a un funcionario de instituciones penitenciarias en atención a su profesión y poniendo condición para su liberación, por parte de miembros de un grupo terrorista (SAN de 29 de junio de 1998, ponente García Pérez).

d) *CUALQUIER OTRO DELITO DE LESIONES, DETENCIONES ILEGALES, AMENAZAS O COACCIONES*: La pena es de prisión de diez a quince años.

Respecto del delito terrorista de lesiones en cualquiera de sus modalidades, debe ponerse de relieve que la jurisprudencia de la AN casi nunca lo aplica, pues cuando se produce un resultado de lesiones por parte de integrantes de bandas armadas, suele ser por disparos o explosiones de bombas, y se aprecia la tentativa de asesinato. Ejemplos: 1) la colocación de un coche bomba al paso de un autobús de la Guardia Civil,

por parte de ETA, que provocó un muerto y diecisiete heridos, constituye un delito de asesinato consumado, diecisiete frustrados, y uno de estragos (SAP de 8 de mayo de 2000, ponente Díaz Delgado); 2) adosar un artefacto explosivo en los bajos del coche de un capitán de la Guardia Civil causándole la muerte y graves lesiones a su mujer, por miembro de banda armada terrorista, constituye un delito de asesinato terrorista, uno de estragos y un delito de tentativa de asesinato terrorista, y no de lesiones (SAP de 22 de noviembre de 2002, ponente Fernández Prado).

Sin embargo, de la jurisprudencia analizada se ha encontrado una sentencia en la que sí se ha apreciado el delito de lesiones. La SAP de 27 de diciembre de 2001 (ponente, Campos Martínez) aplica el delito de lesiones terrorista en un caso en el que como consecuencia de la onda expansiva de la explosión de una bomba resultaron heridos varios policías.

Si los delitos de homicidio o asesinatos, lesiones, secuestros, detenciones ilegales, amenazas o coacciones se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del art. 551 (miembros de entes gubernamentales, legislativos o judiciales) o contra miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se impondrá la pena en su mitad superior.

e) *DEPÓSITO DE ARMAS O MUNICIONES. TENENCIA, DEPÓSITO, FABRICACIÓN, TRÁFICO, SUMINISTRO Y OTROS EMPLEOS DE SUSTANCIAS O APARATOS CON PODER DESTRUCTIVO POR PARTE DE MIEMBROS DE GRUPOS TERRORISTAS*: En estos casos la pena es de prisión, de seis a diez años.

Constituye un delito terrorista de depósito de explosivos la tenencia, por parte de un sujeto perteneciente a un grupo terrorista, de diez granadas, diez lanzaderas, diverso material para la confección de bombas lapa, un kilo de cloratita, detonadores, temporizadores, pilas y contenedores de plástico (SAN de 16 de noviembre de 2000, ponente Arteaga Cerrada); constituye un delito de depósito de armas terrorista tener, siendo miembro de una organización terrorista, una pistola con 14 cartuchos, un subfusil, y lanzagranadas (SAN de 18 de mayo de 1999, ponente Campos Martínez).

f) *OTROS DELITOS QUE SUBVIERTAN EL ORDEN CONSTITUCIONAL O ALTEREN GRAVEMENTE LA PAZ PÚBLICA*: La pena aplicable es la señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.

Ejemplos: 1) planear atentar contra el Rey, por parte de miembros de un grupo terrorista, constituye un delito terrorista contra la Corona, en la modalidad de conspiración para matar al Rey (SAN de 18 de mayo de 1999, ponente Campos Martínez); 2) falsificar la matrícula de un vehículo, para evitar su identificación como miembros de ETA, constituye un delito de falsificación de documento oficial, en la modalidad de fabricación de placa de matrícula de vehículo de motor falsa y sustitución de la verdadera prevista en los arts. 392 y 390, 2ª (SAN de 18 de mayo de 1999, ponente Campos Martínez).

No obstante, el art. 574 establece, a diferencia de los arts. 571, 572 y 573, no sólo que son bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas aquellos que tengan la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, sino que además exige que la comisión de cualquier otro delito o falta, por parte de los sujetos pertenecientes o colaboradores de estas bandas o grupos, tiene que realizarse con las finalidades de subvertir el orden constitucional o aterrar la paz pública, y es dudoso que un delito de falsedades, por ejemplo, tenga la potencialidad lesiva, en sí mismo, para conseguir alguno de estos fines. Las conductas constitutivas de falsedades favorecen a las finalidades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; son el medio a través del cual se pueden realizar los delitos que efectivamente tienen la potencialidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública y son precisamente los descritos en los arts. 571 a 573: estragos, incendios, homicidios, asesinatos, lesiones, coacciones, amenazas, detenciones ilegales y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Por tanto, este artículo será de difícil aplicación, pues en principio únicamente los delitos que se acaban de mencionar subvierten el orden constitucional o alteran la paz pública de forma directa, aunque respecto de la comisión de cualquier otro delito o falta por parte de los pertenecientes o colaboradores de bandas terroristas subsistirá el delito común (sin la agravante de terrorismo).

En el caso de la sentencia mencionada, la falsificación de la matrícula se realiza por dos miembros de la organización

ETA y, por tanto, se comete un delito de falsedades por parte de dos pertenecientes a una banda armada terrorista (que tiene como meta subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública). Si ello fuera suficiente, este precepto sería plenamente aplicable a este supuesto, pero al exigirse en el art. 574 que el propio delito o falta que se cometa tenga por sí mismo la suficiente intensidad como para subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, los sujetos de dicho caso deberían ser sancionados por el tipo común del delito de falsedades (art. 392, en relación con el 390.2º, pues no concurre este ulterior requisito).

Creo que los únicos supuestos que pueden subsumirse en este precepto lo constituyen los delitos contra la Corona (arts. 485 a 490)⁸, como el del otro ejemplo citado en el que se intentó matar al Rey.

§ 17. COLABORACIÓN CON BANDAS ARMADAS, ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS. — a) *COLABORACIÓN CON UNA BANDA ARMADA CONSISTENTE EN LA REALIZACIÓN DE UN DELITO PATRIMONIAL*: Dice el art. 575 del Cód. Penal: “Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración”.

La conducta típica consiste en atentar contra el patrimonio de un tercero, esto es, realizar alguno de los siguientes delitos contra el patrimonio: hurtos, robos, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, usurpación de los arts. 245 y 246, estafas, apropiaciones indebidas, insolvencias punibles o receptación y otras conductas afines.

La finalidad con la que deben cometerse estos delitos patrimoniales es: 1) la de allegar fondos (dinero o bienes) que se obtengan con ellos a estas bandas, organizaciones o grupos

⁸ Precisamente estos artículos tipifican el homicidio, el asesinato, las lesiones, las detenciones ilegales, las coacciones y las amenazas contra los miembros de la Corona.

para poder mantener su infraestructura y así alcanzar sus metas, 2) o bien cometerlos con el propósito de favorecer a sus finalidades, o sea, subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Mi opinión es que cuando del delito que se cometa contra el patrimonio se obtenga dinero en metálico o bienes susceptibles de ser vendidos o canjeados por dinero (por ejemplo, un collar de diamantes), y éstos se entreguen a las bandas armadas u organizaciones terroristas, será de aplicación el primer supuesto: cometer un delito contra el patrimonio con la finalidad de allegar fondos. En cambio, cuando dichos delitos se cometan para conseguir un bien que sea susceptible de ser usado por parte de los miembros de estos grupos, estaremos ante modalidades subsumibles en el segundo supuesto de este precepto: favorecer a sus finalidades mediante aportaciones materiales a las actividades que realizan.

Como ejemplos de este segundo supuesto pueden citarse los siguientes: entregar un coche a un miembro de una banda terrorista para que lo use, y así pueda trasladarse de un lugar a otro con más facilidad, siempre que éste se haya obtenido a través de un delito contra el patrimonio; usurpar un bien inmueble para cederlo a un miembro de una organización terrorista; entregar máscaras o disfraces a los integrantes de dichas bandas para que puedan encubrir su identidad en futuros golpes que tengan que realizar, si estos se han obtenido de algún delito contra el patrimonio (un robo, por ejemplo).

La pena que se impone es la superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de la que proceda imponer por el acto de colaboración que castiga el art. 576 y que tendrá que resolverse por las reglas generales del concurso (de delitos). Este aumento sustancial de la pena respecto a la del delito común (pena superior en grado) debe interpretarse en clave criminológica. Como se ha visto, el art. 574 impone la pena en la mitad superior a la del delito común cuando se cometa "cualquier otro delito o falta" por parte de los que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, pero, en cambio, el art. 575 impone la superior en grado. Como es sabido, son las aportaciones económicas a estas organizaciones por muchos simpatizantes las que aseguran su estabilidad y potencialidad lesiva, pues necesitan mucho dinero para poder subsistir. De

aquí la importancia de la lucha contra su financiación, pues ahogada ésta se acaba o se disminuye en gran medida el fenómeno del terrorismo. Por tanto, en aras a la prevención, la mayor pena que impone este precepto puede estar justificada cuando se aporta a estos grupos dinero o bienes susceptibles de canjearse por dinero, pero no cuando la lógica es la de la colaboración material: entregar bienes susceptibles de ser usados. Es muy distinto realizar una estafa millonaria y donar ese dinero a una organización terrorista que realizar un robo para conseguir unos disfraces que puedan ser usados por miembros de la banda.

Por tanto, esta distinta lesividad entre las diferentes conductas subsumibles en este precepto demuestra dos cosas: por un lado, que dicha agravación (pena superior en grado) no está siempre justificada y, por otro, que conductas de tan distinta naturaleza no deberían tipificarse en el mismo precepto.

Además, respecto a la pena que impone este artículo, puede plantearse que la regla concursal "sin perjuicio de la (pena) que proceda imponer por el acto de colaboración" atenta contra el principio *non bis in idem*, pues este precepto es la tipificación expresa de un acto de colaboración y, por tanto, no debe castigarse dos veces como tal. En realidad, con la redacción del art. 576 y la de los delitos comunes ya es suficiente para perseguir y castigar estas conductas de colaboración, con lo que la agravación del art. 575 no tiene ningún sentido. Lo correcto ante este tipo de supuestos sería aplicar la pena del delito patrimonial común en concurso (real) con la pena del delito de colaboración con banda armada que prevé el artículo siguiente (576).

En cuanto a los sujetos activos, en principio puede serlo cualquiera. No obstante, parece que este precepto se redacta en clave de acto de colaboración. Por tanto, si el que comete cualquiera de estos delitos contra el patrimonio con alguna de las finalidades ya mencionadas es alguien que pertenece o actúa al servicio de estas bandas armadas u organizaciones, parece más correcto sancionar dichas conductas con la pena del delito patrimonial común en concurso (real, en mi opinión) con la pena que corresponda en virtud del art. 516 en relación con el 515.2º, por ser miembro de una asociación ilícita.

b) *TIPOS DE COLABORACIÓN CON UNA BANDA ARMADA*: Establece el art. 576: "1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

"2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

"Cuando la información o vigilancia de personas mencionadas en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos."

Respecto de los sujetos activos, este tipo requiere que el sujeto no sea integrante. La conducta típica consiste en llevar a cabo, recabar o facilitar actos de colaboración con las actividades o finalidades de estas bandas, organizaciones o grupos.

Son comportamientos típicos: a) llevar a cabo, esto es, realizar; b) recabar, es decir, alcanzar, lograr, conseguir, y c) facilitar, lo que significa hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin.

Para la jurisprudencia, este delito constituye un tipo penal de simple actividad y de peligro abstracto. Se trata del castigo de determinados comportamientos que en sí mismos no lesionan ningún bien jurídico de los protegidos por la ley, pero se adelantan las barreras de punición con el objetivo de reducir al máximo toda forma de apoyo material posible a una banda terrorista (STS de 2 de febrero de 1993, ponente Bacigalupo Zapater). Y esta extensión del ámbito de incriminación se fundamenta en la especial trascendencia que en la práctica entrañan estas conductas para el mantenimiento de estas ban-

das u organizaciones, pues sumadas todas las aportaciones permiten la continuidad de su actividad.

Según el propio artículo, son actos de colaboración: 1) la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones;

2) la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos;

3) la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas;

4) la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general,

5) cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda, mediación, económica o de otro género, con las actividades de estas bandas, organizaciones o grupos.

Por tanto, la enumeración que establece este precepto de los actos de colaboración es meramente ejemplificativa, pues el artículo termina con una cláusula genérica que comprende "cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda, mediación, económica o de otro género con las actividades de estas bandas u organizaciones". Puede plantearse si esta cláusula atenta, por un lado, contra los principios de certeza y de seguridad jurídica que se derivan del principio de legalidad penal, en tanto y en cuanto la ley no determina, de forma suficientemente diferenciada, las distintas conductas punibles, y por otro, contra el principio de proporcionalidad de las penas, pues dicha cláusula de cierre comporta que tengan cabida, en este tipo, comportamientos de gravedad muy diversa, que se castigan con la misma pena⁹.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de julio de 1999 (ponente, Viver Pi-Sunyer), concedió el amparo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, condenados por el TS como autores de un delito de colaboración con banda armada a siete años de prisión, por considerar desproporcionada la pena prevista por dicho tipo en atención a la precisa naturaleza de la colaboración prestada en ese caso concreto, que consistió en remitir a los medios de comunicación cintas y vídeos de un mensaje de la organización terrorista ETA para ser emitidos en espacios electorales. No obstante, lo que consideró constitucionalmente objetable el Tribunal Constitucional no es la fórmula abierta empleada para cerrar este

⁹ MUÑOZ CONDE, F., ob. cit., ps. 908 y 909.

precepto, sino la ausencia en él de una previsión que permita al juzgador imponer una pena inferior a la mínima establecida con carácter general, en determinados casos, para no castigar con la misma pena conductas de cooperación cuyo contenido de injusto puede ser muy diverso.

Los actos de colaboración deben vincularse con las actividades o finalidades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Los actos de colaboración con las actividades de una banda armada u organización terrorista consisten en prestarle apoyo material. Sin embargo, las conductas consistentes en colaborar únicamente con sus finalidades se mueven en otro ámbito: el del “respaldo político”¹⁰, y, por tanto, su punición puede plantear problemas de legitimidad, pues se castiga a sujetos que, sin mantener contacto alguno con la organización terrorista, pertenecen a agrupaciones que respaldan los objetivos de aquella.

Cuando la información o vigilancia de personas ponga en peligro su vida, integridad física, libertad o patrimonio se impondrá la pena en la mitad superior. Y si se ejecuta el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos. El art. 576, Cód. Penal, exige que los actos que lo integren no estén causalmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto, pues en este caso entra la conducta en el área de la participación criminal que absorbería el delito de colaboración (STS de 11 de febrero de 2000, ponente Prego de Oliver y Tolivar, y SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado).

Por tanto, no constituye colaboración con banda armada, por ejemplo: 1) decidir el lugar y la forma de cometer un atentado, pues esta conducta excede de la mera colaboración para integrar la autoría en delitos de asesinato y atentado (STS de 24 de abril de 2000, ponente Sánchez Melgar), o 2) permitir que guarden armamento de distintos tipos en su casa, pues se considera cooperación necesaria de un delito de depósito de armas de guerra que absorbe la conducta de colaboración con banda armada (STS de 11 de noviembre de 1998, ponente Prego de Oliver y Tolivar). Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime. La STS de 12 de junio de 2000

¹⁰ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...*, p. 25.

(ponente, Bacigalupo Zapater), que resuelve un caso en la que un sujeto permitía el almacenaje de armas de la banda ETA en un panteón del cementerio en el que trabajaba, establece que “cuando el delito de depósito de armas es realizado por una persona ajena a la organización terrorista, la unidad de acción vulnera dos bienes jurídicos, pues se trata de un depósito de armas que favorece a una banda armada, y consecuentemente se trata de un concurso ideal” y no de un concurso de leyes.

Según la jurisprudencia, son actos de colaboración: 1) respecto a la información de personas, bienes o instalaciones se integran en este supuesto todos los casos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la organización armada, a) tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, b) como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles por sus características personales o profesionales, e incluso c) si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.) en cuestiones distintas a las acciones armadas propiamente dichas (STS de 16 de febrero de 1999, ponente Conde-Pumpido Tourón).

Ejemplos de actos de colaboración: obtener información de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para transmitirlos a la organización ETA (STS de 16 de febrero de 1999, ponente Conde-Pumpido Tourón); pasar información a miembros de ETA sobre matrículas de vehículos pertenecientes a individuos de la Guardia Civil (STS de 18 de noviembre de 1999, ponente Jiménez Villarejo); recabar información sobre personas con rentas altas o vinculadas al PNV o dedicadas al tráfico de drogas (STS de 11 de febrero de 2000, ponente Prego de Oliver y Tolivar); asistir a reuniones en las que se dan las directrices para posteriormente recabar información para la banda ETA, pero sin elaborar informaciones concretas, se considera colaboración con banda armada en grado de tentativa (STS de 21 de noviembre de 2002, ponente Andrés Ibáñez).

2) Respecto de la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos te-

rroristas, por ejemplo: a) alojar en su casa a un miembro de ETA (STS de 12 de junio de 1998, ponente Puerta Luis); dar alojamiento a los integrantes de un comando de ETA a sabiendas de que éste había perpetrado un atentado pocas horas antes. En este caso, la sentencia determina que no concurre el delito de encubrimiento porque queda absorbido por el delito de colaboración con banda armada en aplicación del núm. 3 del art. 8, Cód. Penal (SAN de 17 de marzo de 1998, ponente Campos Martínez). En un sentido parecido se ha pronunciado la STS de 19 de mayo de 2003 (ponente, Saavedra Ruiz), que establece que en caso de ocultación y traslado de terroristas debe aplicarse el delito de colaboración con banda armada y no el de encubrimiento, pero por aplicación del principio de especialidad (art. 8.1, Cód. Penal); en el mismo sentido, véase la STS de 3 de abril de 2002, ponente Martín Pallín; b) facilitar transporte a integrantes de ETA (SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado); c) transportar a los integrantes de la banda armada con su automóvil hasta el lugar donde fueron a colocar los artefactos explosivos, esperándolos en las inmediaciones (SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado, y STS de 14 de noviembre de 2000, ponente Martín Pallín); d) dedicarse a la sustracción de vehículos para ponerlos a disposición de los miembros de ETA, con la finalidad de facilitarles medios de transporte con los que la banda pudiese realizar sus actividades criminales con la mayor eficacia (STS de 18 de noviembre de 1999, ponente Jiménez Villarejo). En este caso también podría haberse aplicado el art. 575, Cód. Penal, pues se está realizando una conducta de colaboración consistente en un delito contra el patrimonio: el robo. No obstante, como ya se ha mencionado, la aplicación del art. 575 junto al 576 vulnera el principio *non bis in idem*, por tanto es correcta la no apreciación del art. 575; e) ayudar a un miembro de ETA a pasar a pie la frontera hasta territorio francés (STS de 14 de mayo de 1999, ponente Prego de Oliver y Tolivar).

3) Respecto de la cesión de alojamientos, por ejemplo, la puesta a disposición de un lugar de acogida, aunque no se llegue a utilizar por el miembro de la banda armada (STS de 16 de mayo de 2000, ponente Bacigalupo Zapater). Esta sentencia establece que la “cesión de alojamientos” es la penalización autónoma de actos preparatorios de ocultación en

el tipo del art. 576. No obstante, es muy criticable que se castigue con la misma pena actos preparatorios y actos consumados, cuando el Código Penal establece que en los delitos en los que se prevea la criminalización de los actos preparatorios punibles, la pena se reducirá en uno o dos grados. Además, el art. 579.1 tipifica expresamente los actos preparatorios punibles de los delitos de terrorismo. Por tanto, lo correcto en este caso hubiese sido aplicar el 579.1 y no el 578.

4) Respecto de la asistencia a prácticas de entrenamiento, por ejemplo: recibir de miembros de ETA un cursillo sobre armamento (STS de 18 de noviembre de 1999, ponente Jiménez Villarejo).

5) Por último, respecto de cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda, mediación, económica o de otro género, con las actividades de estas bandas o grupos, por ejemplo: realizar actividades de lanzadera para avisar de la existencia de controles policiales (STS de 14 de noviembre de 2000, ponente Martín Pallín); la elaboración de DNI falsos que luego fueron entregados a miembros de ETA para encubrir su identidad (SAN de 12 de noviembre de 2002, ponente Gómez Bermúdez). En el tipo subjetivo de este delito, debe concurrir en la persona que realiza dicha conducta la conciencia y voluntad de prestar ayuda a una banda armada o grupo terrorista (SAN de 24 de junio de 1999, ponente Fernández Prado).

Finalmente, en materia de concursos, la jurisprudencia mayoritaria establece que los actos de colaboración están en relación de concurso real con los delitos que se ejecuten (SSTS de 11 de noviembre de 1998, ponente Prego de Oliver y Tolivar, y de 19 de mayo de 2003, ponente Saavedra Ruiz). Por ejemplo, alojar a miembros de ETA y permitir que guarden armamento en su casa constituye un delito de colaboración con banda armada por la primera conducta, y cooperación necesaria de un delito de depósito de armas de guerra por la segunda.

c) *COLABORACIÓN CON UNA BANDA ARMADA POR PARTE DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO*: La LO 20/2003, de 23 de diciembre¹¹, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Ju-

¹¹ En vigor desde el 1 de octubre de 2004.

dicial y del Código Penal, ha introducido el art. 576 bis con la siguiente redacción:

“1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión.

“2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior a la autoridad o funcionario público que continuase con las conductas previstas en este artículo una vez requerido judicial o administrativamente para que cese en las citadas conductas.”

§ 18. EL TERRORISTA INDIVIDUAL O AISLADO. — Dice el art. 577: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 o 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior”.

En primer lugar, para que sea de aplicación este precepto, el sujeto activo no puede pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista ni ser colaborador. De aquí, la nomenclatura con la que se denomina a este delito: “terrorismo

individual". No obstante, debe ponerse de relieve que esta figura casa mal¹² con uno de los elementos que constituye el carácter especial de las infracciones en materia de terrorismo: la idea de organización o colectivo institucionalizado.

Los delitos que han de cometerse son los siguientes: homicidios, lesiones de los arts. 149 y 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones, incendios, estragos, daños de los arts. 263, 264, 265, 323 y 560, y tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes. Por tanto, a diferencia de los delitos cometidos por los integrantes o colaboradores de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, en el caso del art. 577 los delitos que tendrán que cometerse para tener la consideración de terroristas son limitados, pues no existe una cláusula como la del art. 574: "cometan cualquier otra infracción".

En este tipo también se requiere que concurra un elemento teleológico perseguido por el sujeto activo. Este puede consistir 1) en realizar la comisión de los citados delitos con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Estos conceptos deben interpretarse en el mismo sentido que ya hemos analizado para el caso de banda armada, organización o grupo terrorista, o bien 2) en contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional. En este segundo caso, la finalidad directa no es la de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, sino la de crear terror a la sociedad, pero aquella se alcanza, de todos modos, a través de esta última.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (. . .), en relación con los delitos de terrorismo, establece que esta figura se ocupa del denominado "terrorismo urbano". Y, en efecto, así lo demuestra la práctica jurisprudencial, pues este delito se aplica, en todas las sentencias analizadas sobre este precepto, a personas jóvenes que sin pertenecer a ETA ni colaborar con dicha organización armada,

¹² CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...*, p. 25.

comparten su ideología y su forma de lucha, por lo que realizan distintos actividades delictivas de destrozos y hostigamiento callejeros, en su apoyo y normalmente en grupo. Por tanto, nuestra praxis jurisprudencial demuestra que deben llevarse a cabo dos diferenciaciones:

En primer lugar, que es necesario distinguir entre el mero concierto ocasional, para la realización de un delito concreto, que da lugar a la aplicación de las reglas de la coautoría, de las nociones de organización o grupo terrorista, que precisa la concurrencia de diversos elementos estructurales. En este punto, por ejemplo, la jurisprudencia considera que debe aplicarse el art. 577, Cód. Penal, y no el 571, a un grupo de jóvenes que, en una jornada de violencia callejera, arrojaron varios artefactos incendiarios contra la sede del Partido Popular para alterar la paz pública, porque no concurre en dicho grupo las características del elemento estructural necesarias para apreciar la existencia de banda armada u organización terrorista (SAN de 26 de marzo de 2001, ponente López Ortega). En segundo lugar, es necesario distinguir las conductas encuadrables en este precepto de las que pueden dar lugar a un acto de colaboración con banda armada.

Respecto de esta cuestión, la SAN de 8 de abril de 1999 (ponente, Arteaga Cerrada) establece que es de aplicación el art. 577 y no el 576 a unos sujetos que poseían cócteles molotov que iban a ser arrojados en protesta por el fallecimiento de un preso de ETA, al considerar que la cláusula general del art. 576 debe entenderse como que sólo son encuadrables en ella actos de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género análogos a las conductas descritas, y que los citados hechos no tienen esta naturaleza.

Por tanto, en la práctica, este tipo penal se aplica en la casi totalidad de los casos a supuestos de incendios, concurriendo el delito de incendio terrorista realizado por sujetos que no pertenecen a banda armada, organización o grupo terrorista. Ejemplos: grupo de jóvenes que queman un autobús utilizando garrafas de gasolina para la combustión, y realizando los hechos como protesta por la huelga de hambre que seguían los presos de la banda terrorista ETA (SAN de 5 de junio de 2000, ponente Díaz Delgado); confeccionar diversos cócteles molotov y arrojarlos a una sucursal bancaria en apoyo a la estrategia diseñada por la banda armada ETA (SAN de

21 de diciembre de 2000, ponente Murillo Bordallo), entre otras.

§ 19. EXALTACIÓN DEL TERRORISMO Y ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES. — Dice el art. 578: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

Art. 579.1: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.”

El delito tipificado en el art. 578 se introdujo, también, por la LO 7/2000 de modificación del Código Penal, en relación con los delitos de terrorismo. La razón de ser de esta figura delictiva es que las conductas descritas no pueden subsumirse en la redacción del art. 18.2, Cód. Penal, que configura la apología como forma de provocación que requiere la incitación directa a la comisión de un delito.

Las conductas típicas pueden ser tres: 1) el enaltecimiento, esto es alabar o elogiar, o la justificación, o sea, establecer conformidad con lo justo, de los delitos de terrorismo; 2) el enaltecimiento, o la justificación de sus autores o partícipes, o 3) la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de estos delitos o de sus familiares, siendo necesario, según establece el propio artículo, que se realicen por cualquier medio de expresión pública o difusión, esto es, televisión, radio, prensa, o cualquier otro medio idóneo para dirigirse a una pluralidad de personas en lugares públicos (por ejemplo, en un concierto).

Por tanto, esta figura delictiva castiga la mera expresión de ideas favorables al terrorismo, sin que se produzca lesión ni puesta en peligro, inmediata o mediata, de ningún bien jurídico, por lo que colisiona tanto con el art. 1 de la Const. española como con la libertad de expresión, pues se está cri-

minalizando una determinada ideología, lo que es más propio de países totalitarios, y con mayor razón si se tiene en cuenta que la pena con la que se castigan estas conductas es de prisión de uno a dos años. Además, las conductas consistentes en menospreciar o humillar a las víctimas del terrorismo o a sus familiares, que sí creo que deben tener protección penal, son subsumibles en el delito contra la integridad moral del art. 173.1¹³, o en la falta de vejación de carácter leve¹⁴, que en el Código Penal español tienen amplio margen de aplicación. Por otro lado, se castigan los actos preparatorios punibles de los delitos de terrorismo en el artículo 579.1.

§ 20. LOS TERRORISTAS ARREPENTIDOS. — Dice el art. 579.3: “En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.”

Para que se aplique esta medida facultativa de atenuación de la pena en el ámbito del fenómeno terrorista, consistente en la rebaja de uno o dos grados a la pena señalada por la ley, los requisitos que se exigen son:

a) Que el sujeto activo haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, esto es, que haya dejado de pertenecer o colaborar con la banda armada, organización o grupo terrorista, y de cometer delitos en su sede, por propia voluntad.

b) Que el sujeto activo se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado. Por “hechos

¹³ Art. 173.1: “El que inflingiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

¹⁴ Art. 620.2: “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que causen a otro (...) una vejación injusta de carácter leve”.

en los que haya participado” debe entenderse un concepto amplio, esto es, hechos en los que haya actuado como autor, autor mediato o coautor, partícipe o colaborador en el sentido del artículo 576.

c) Por último, tiene que concurrir un tercer requisito de colaboración con la justicia que puede ser alternativamente cualquiera de los siguientes: 1) que el sujeto colabore activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, sin que sea imprescindible el éxito; 2) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o bien 3) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Esta regulación también puede aplicarse al terrorista individual, pero en el tercer requisito tendrá que darse el primer supuesto, pues en estos casos no se puede colaborar en la captura de otros responsables ni atacar la infraestructura de la organización, porque no existen¹⁵.

§ 21. REINCIDENCIA INTERNACIONAL. — Dice el art. 580: “En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia”.

En principio, para que concorra la agravante de reincidencia, la sentencia o sentencias antecedentes han de haber sido dictadas por un órgano jurisdiccional español, salvo en los casos expresamente previstos en el Código en el que éste se remite a las condenas de Tribunales extranjeros, como sucede en el supuesto de delitos de terrorismo. Por tanto, mediante este precepto se permite aplicar la agravante de reincidencia a los delitos de terrorismo, cuando exista una condena anterior relacionada con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas impuesta por un juez o tri-

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., ob. cit., p. 914.

bunal extranjero. No obstante, para aplicarse este artículo deben concurrir una serie de requisitos: en primer lugar, la sentencia extranjera debe ser firme.

Este precepto debe ser interpretado a la luz de lo que estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de diciembre de 1987 (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlament de Catalunya, que consideraba que dicha disposición vulneraba los principios de legalidad penal y de tutela judicial efectiva. Así, por un lado, es necesario que “exista una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente enjuiciado en un ordenamiento extranjero”. Y para ello, “el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo”. Y, por otro lado, en el caso de que el tribunal extranjero no hubiese respetado los derechos de defensa y las garantías constitucionales del proceso recogidas en el art. 24, Const. española, no podría aplicarse la agravación por existir una contradicción con el orden público.

Aunque el precepto no lo indique expresamente, si los antecedentes extranjeros hubieren sido cancelados o podido serlo conforme a lo previsto en el art. 136 del Cód. Penal español, no podrá ser apreciada la agravante de reincidencia internacional. Por último, debe establecerse que este artículo no es aplicable a los terroristas individuales al no estar incluidos expresamente.

§ 22. DELITOS DE TERRORISMO Y “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”. — En algunos ámbitos del ordenamiento penal se hace uso del concepto de “derecho penal del enemigo”: “un derecho penal que trata a los infractores no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, si no como enemigos, como meras

fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”¹⁶.

De acuerdo con la definición propuesta por JAKOBS, el autor que ha introducido este término en la discusión teórica reciente, éste se caracteriza en primer lugar por un “amplio adelantamiento de la punibilidad”, en segundo lugar, por un “incremento comparativo notable de las penas frente al derecho penal normal”; y, en tercer lugar, por la “relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales”¹⁷. Además, para completar estas características, CANCIO MELIÁ establece otros dos elementos definitorios de este concepto: por un lado, que “no se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico”. Y, por otro, que “se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones”, pues frecuentemente se utilizan términos tan ambiguos que vulneran el mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad¹⁸.

Por tanto, poniendo en comparación los rasgos distintivos del “derecho penal del enemigo”, que acabamos de mencionar, y la legislación en materia de terrorismo, se puede afirmar que este sector del derecho penal es “derecho penal del enemigo”.

En primer lugar, en los delitos de colaboración con banda armada y exaltación del terrorismo se adelantan, como ya se ha puesto de relieve, las barreras de punición, pudiéndose castigar hasta las meras actitudes subjetivas, y además esta anticipación no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena. En segundo lugar, como ya se ha indicado, los arts. 570 a 574 incrementan la pena de los delitos comunes por el hecho de cometerse éstos por sujetos pertenecientes o colaboradores de bandas armadas u organizaciones terroristas. En tercer lugar, como también se ha explicado, en estos delitos se flexibilizan determinadas garantías procesales como la duración de la prisión provisional y la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Y, por último, también

¹⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...*, p. 20.

¹⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...*, p. 21; íd., “Derecho penal del enemigo”, ps. 79 a 81 y notas 34 y 35.

¹⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo...*, p. 21.

se constata la última característica mencionada del “derecho penal del enemigo”, pues no existe una definición de terrorismo concreta en el Código Penal.

Para CANCIO MELIÁ, este derecho penal es inadecuado por carecer de legitimidad y de efectividad instrumental, y por ser un derecho penal de autor y no del hecho, y que por tanto “no estabiliza normas sino sólo demoniza determinados grupos de infractores”¹⁹. En cambio, para JAKOBS²⁰, el “derecho penal del enemigo” es necesario para combatir determinadas realidades sociales como la del terrorismo, pues este fenómeno intenta destruir el ordenamiento jurídico, y sobre todo, para diferenciarlo de otros sectores del ordenamiento jurídico-penal que no deben legislarse con los rasgos del “derecho penal del enemigo” por ser “derecho penal del ciudadano”.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo”, ps. 89, 90, 93, 94, 100 y 101.

²⁰ JAKOBS, G., “Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., ob. cit., 2003, ps. 42 y 48.

PARTE SEGUNDA
LOS SISTEMAS PROCESALES FRENTE
AL CRIMEN ORGANIZADO

CAPÍTULO IV

LA PREVENCIÓN E INVESTIGACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO*

La experiencia italiana

§ 23. LA ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN NACIONAL ANTI-MAFIA. — a) *LOS ORÍGENES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL ANTIMAFIA*: El acta de nacimiento de la DNA está contenida en el decreto ley 367, del 20 de noviembre de 1991, reformado con modificaciones, por la ley 8 del 20 de enero de 1992, cuyo significativo título es “Coordinación de las investigaciones en los procesos por delitos de criminalidad organizada”.

Para comprender la génesis de esta ley es necesario, en nuestra opinión, dar un salto atrás de varios años hasta 1982, cuando el 13 de septiembre fue aprobada la ley 646.

Esta, como numerosas leyes italianas contra la mafia y el terrorismo, nació de la sangre: en efecto, pocos días antes que fuera aprobada, fue asesinado por la mafia en Palermo el prefecto Carlo Alberto Dalla Chiesa con su mujer y un guardaespaldas; y pocos meses antes había sido asesinado, también por la mafia, el diputado Pio La Torre, que había sido uno de quienes presentaron el proyecto de ley.

La normativa era vivamente rechazada por la mafia porque introducía en el ordenamiento italiano dos importantes novedades:

α) el delito de asociación de tipo mafioso (art. 416 bis, Cód. Penal), que se añadía al que sanciona las asociaciones de tipo delictivo comunes (art. 416, Cód. Penal), y

* Por PIERO L. VIGNA. Procurador Nacional Antimafia de Italia.

b) el segundo aspecto de la ley 646/82 que la hacía contraria a los intereses de la mafia consistía en la enumeración de medidas preventivas de carácter patrimonial que, dicho sintéticamente, permiten el secuestro y la confiscación, respecto de los sospechados de pertenecer a un grupo mafioso de los bienes que ellos, sus parientes o convivientes pueden disponer directa o indirectamente y que provienen de delitos o que, de cualquier manera, no son compatibles con la actividad económica desarrollada o con la declaración de ganancias presentada; salvo que el mismo sujeto sospechado de pertenecer a la mafia pruebe que esos bienes tienen una procedencia lícita.

Los bienes, una vez confiscados, pueden ser usados para fines de bienestar social (escuelas, cuarteles, organizaciones, etc.).

Una norma como la que pena la asociación de tipo mafioso, para ser operativa, no basta con que se encuentre escrita en los códigos: es necesario que a ella le sigan otras disposiciones de tipo reglamentario o que le den algún tipo de sustento. Deberán pasar algunos años (y sobre las razones de este retraso podrían desarrollarse muchas reflexiones) para que esto suceda.

El año decisivo fue, en nuestra opinión, 1991. En efecto, en enero de 1991 fue sancionada una disposición legislativa que preveía una particular filosofía de investigación para el secuestro de persona con el fin de extorsión (delito que, como veremos, hoy está comprendido entre los llamados “delitos de mafia”) y la protección de los colaboradores de la justicia (este último punto ha sido regulado recientemente *ex novo* por la ley 45/2001).

En mayo fue establecida la obligación para los entes financieros —luego extendida a otros operadores económicos— de informar (desde 1997 a un órgano central: el Ufficio Italiano Cambi) las operaciones financieras sospechosas de esconder hechos de lavado o de empleo de dinero u otras utilidades provenientes de delitos.

También en mayo, se adoptó una disposición legislativa (de especial importancia para nuestros fines) que preveía que, para asegurar la articulación de las actividades de investigación relacionadas con delitos de criminalidad organizada, las tres principales fuerzas de policía que operan en Italia (Policía de Estado, Arma de Carabineros, Cuerpo de la Guardia

de Finanzas) deberían constituir servicios centrales e interprovinciales de policía judicial.

Esta disposición se originó en la acertada consideración de que los delitos relacionados con la criminalidad organizada no son extemporáneos, sino que, por lo general, se cometen en el ámbito de un programa establecido previamente.

De esto se deriva que, con frecuencia, dichos delitos tienen conexiones, relaciones, vinculaciones unos con otros, de manera que solo determinando y verificando dichos vínculos y relaciones es posible descubrir la red en la que se insertan y llegar al grupo que los ha cometido y a sus autores.

Antes de la resolución de mayo de 1991 a la que nos hemos referido, los órganos de policía tenían competencia provincial y, por lo tanto, su capacidad de investigación se ejercía en el ámbito de un territorio restringido.

Todo esto, por la multiplicidad de órganos de investigación provinciales, por el reducido ámbito territorial de operatividad de cada uno de ellos, por la dificultad de introducir formas eficaces de coordinación de las distintas actividades, conducía a investigaciones fragmentadas y desarticuladas, incapaces de descubrir los nexos y relaciones que unían los distintos hechos delictivos atribuibles a la criminalidad organizada, y de descubrir su trama.

Fue por esta razón que se crearon los servicios centrales e interprovinciales de las distintas fuerzas de policía, asignándoles a los primeros competencia de investigación sobre todo el territorio nacional y a los otros, cada uno en conexión con el Servicio central propio, un territorio de investigación que comprendía varias provincias y, por lo tanto, suficientemente amplio. De este modo se evitaba la fragmentación de las investigaciones de los delitos de criminalidad organizada.

En la misma ley se introdujeron otros dos institutos, copiados de las leyes antiterrorismo que habían sido sancionadas en Italia a fines de 1979: una agravación de la pena para los autores de delitos cometidos con métodos mafiosos o para facilitar una asociación mafiosa, y una disminución de la pena para quien, habiendo cometido uno de estos delitos, se hubiera disociado y hubiese colaborado con la autoridad de la policía o con la autoridad judicial.

Como se ha dicho, los Servicios centrales e interprovinciales de policía judicial fueron creados para la represión de

la criminalidad organizada, expresión que comprende tanto la criminalidad organizada de tipo común (art. 416, Cód. Penal) como la subversiva (ej., banda armada, asociación subversiva, etc.) y la de tipo mafioso (art. 416 bis, Cód. Penal).

En octubre de 1991 (decr. ley 34, del 29/10/1991, conv. en ley 410, del 30/12/91) fue creado otro órgano de investigación, la Dirección de Investigación Antimafia, con el objetivo específico de realizar investigaciones sobre las asociaciones de tipo mafioso y los delitos atribuibles a ellas; organismo de policía con carácter interfuerzas (es decir, compuesto por agentes pertenecientes a la Policía de Estado, al Arma de Carabineros y al Cuerpo de la Guardia de Finanzas) y al que se le atribuyen también tareas de análisis y la de instaurar relaciones con organismos extranjeros análogos.

Si esta era la organización de las fuerzas de policía en el campo de la criminalidad organizada, bien distinta era la situación de los órganos del ministerio público que también tenían, desde octubre de 1989, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, la tarea de dirigir la policía judicial.

En efecto, en Italia, hasta la ley que luego mencionaremos, la totalidad de las 164 fiscalías de la República existentes estaban autorizadas a realizar investigaciones sobre la criminalidad organizada de tipo mafioso, con los inconvenientes que, como se ha visto, habían caracterizado la actividad de los órganos de la policía judicial antes de la reforma de mayo de 1991: investigaciones fragmentadas, desarticuladas, escasamente coordinadas entre sí, con el problema ulterior de que el ministerio público, aunque debía dirigir a la policía judicial, tenía una competencia territorial más restringida que esta.

El decreto ley 367 del 20/11/91, transformado en la ley 8, del 20 de enero de 1992, reestructuró profundamente la organización del ministerio público en función de la represión de la mafia, eliminando los inconvenientes que han sido descriptos.

b) *FUNCIONES Y ESTRUCTURA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL ANTIMAFIA*: En Italia, pues, hacia fines de 1991, para enfrentar la ofensiva cada vez más elevada de la criminalidad organizada de tipo mafioso, se sancionó (mediante el decr. ley 367/91)

una incisiva reorganización del ministerio público, con el fin de lograr una mejor coordinación de las investigaciones preliminares que tuvieran por objeto tales delitos, de particular gravedad, considerados como típicas manifestaciones de la criminalidad mafiosa. Se trata de los delitos, consumados o tentados, previstos y sancionados por los arts. 416 bis (asociación de tipo mafioso)¹ y 630 del Cód. Penal (secuestro de persona con el fin de extorsión)², del delito previsto por el art. 74 del

¹ Se considera oportuno transcribir el texto del art. 416 bis del Cód. Penal:

"416 bis (Asociación de tipo mafioso). Cualquiera que forme parte de una asociación de tipo mafioso integrada por tres o más personas será reprimido con reclusión de tres a seis años.

"Aquellos que promuevan, dirijan u organicen la asociación serán reprimidos, sólo por esto, con reclusión de cuatro a nueve años.

"La asociación es de tipo mafioso cuando quienes forman parte de ella se sirven de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y del estado de sometimiento y de omertà (o "ley del silencio") que deriva de ella para cometer delitos, para adquirir en modo directo o indirecto la gestión o, de algún modo, el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, licitaciones y servicios públicos o para obtener ganancias o ventajas indebidas para sí o para otros, o bien con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otros en ocasión de consultas electorales.

"Si la asociación es armada, se aplicará la pena de reclusión de cuatro a diez años en los casos previstos por el inciso primero y de cinco a quince años en los casos previstos por el inciso segundo.

"La asociación se considera armada cuando los partícipes disponen, para conseguir los objetivos de la asociación, de armas o material explosivo, aunque estén ocultos o se mantengan en un depósito.

"Si las actividades económicas que los asociados pretenden asumir o controlar son financiadas en todo o en parte mediante el precio, el producto o el provecho de delitos, las penas establecidas en los incisos precedentes se aumentan de un tercio a la mitad.

"Con relación al condenado, es siempre obligatoria la confiscación de las cosas que sirvieron o se destinaron a cometer el delito y de las cosas que constituyen su precio, el producto, el provecho o que su empleo.

"Las disposiciones del presente artículo se aplican también a la camorra y a otras asociaciones, sea cual fuere su denominación local, que valiéndose de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo persigan fines correspondientes a aquellos de las asociaciones de tipo mafioso."

² Se transcribe el texto integral del art. 630 del Cód. Penal:

"630 (Secuestro de persona con el fin de extorsión). Cualquiera que secuestre a una persona con el fin de conseguir, para sí o para otros, un provecho indebido como precio de la liberación, será reprimido con reclusión de veinticinco a treinta años.

"Si del secuestro deriva, de algún modo, la muerte, como consecuencia no querida del delito, de la persona secuestrada, el culpable será reprimido con reclusión de treinta años.

decr. 309 del Presidente de la República, del 9 de octubre de 1990 (asociación destinada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas)³, del delito previsto por el art.

"Si el culpable ocasiona la muerte del secuestrado se aplica la pena de prisión perpetua.

"Al partícipe que, diferenciándose de los otros, se comporte de modo que el sujeto pasivo recupere la libertad, sin que este resultado sea consecuencia del pago de la liberación, se le aplicarán las penas previstas por el art. 605. Si, en cambio, el sujeto pasivo muere, como consecuencia del secuestro, después de la liberación, la pena será de reclusión de seis a quince años.

"Con relación al partícipe que, disociándose de los demás, se esfuerza, fuera del caso previsto por el inciso anterior, para evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores o bien ayuda concretamente a la autoridad de policía o a la autoridad judicial en la recolección de pruebas decisivas para la identificación o la captura de los partícipes, la pena de prisión perpetua se reemplazará con la de reclusión de doce a veinte años y las otras penas se disminuirán de un tercio a dos tercios.

"Cuando se dé una circunstancia atenuante, la pena prevista por el inciso segundo se reemplazará por la de reclusión de veinte a veinticinco años; la pena prevista por el inciso tercero se reemplazará por reclusión de veinticinco a treinta años. Si concurren más circunstancias atenuantes, la pena a aplicar como consecuencia de las rebajas no podrá ser inferior a diez años, en el caso previsto por el inciso segundo, y a quince años, en el caso previsto por el inciso tercero.

"Los límites de la pena previstos por el inciso anterior pueden ser superados cuando concurren las circunstancias atenuantes previstas por el inciso quinto del presente artículo."

³ El texto del art. 74 del decreto 309 del Presidente de la República de 1990 (asociación destinada al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas) expresa textualmente:

"1. Cuando tres o más personas se asocien con el fin de cometer varios delitos de los previstos por el artículo 73, aquel que promueva, constituya, dirija, organice o financie la asociación será reprimido solo por ello con reclusión no inferior a veinte años.

"2. Aquel que participe de la asociación será reprimido con reclusión no inferior a diez años.

"3. La pena se aumentará si el número de los asociados es de diez o más o si entre los partícipes se encuentran personas dedicadas al uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

"4. Si la asociación es armada, la pena, en los casos indicados por los incisos 1 y 3, no podrá ser inferior a veinticuatro años de reclusión y, en el caso previsto en el inciso 2, a doce años de reclusión. La asociación se considera armada cuando los partícipes disponen de armas o materiales explosivos, aunque estén ocultos o mantenidos en un lugar de depósito.

"5. La pena se aumentará si concurre la circunstancia prevista por el apartado e del inciso 1 del artículo 80.

"6. Si la asociación se constituye para cometer los hechos descriptos por el inciso 5 del artículo 73, se aplicarán los incisos primero y quinto del artículo 416 del Código Penal.

291 quater –introducido por el art. 1º de la ley 92, del 19 de marzo de 2001– del decr. 43 del Presidente de la República, del 23 de enero de 1973 (asociación para cometer delitos destinada al contrabando de tabaco elaborado en el exterior)⁴ como también de todos los delitos que hayan sido cometidos valiéndose de la fuerza de intimidación y de la condición de sometimiento o de *omertà* (o “ley del silencio”) que derivan del vínculo de asociación de tipo mafioso, como también de los delitos cometidos con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones mafiosas.

En la nueva estrategia de la acción de lucha contra la criminalidad organizada, la Dirección Nacional Antimafia

”7. Las penas previstas por los incisos 1 a 6 se disminuirán de la mitad a dos tercios para aquel que se haya esforzado eficazmente para asegurar las pruebas del delito o para sustraer a la asociación recursos decisivos para la comisión de delitos.

”8. Cuando en leyes y decretos se mencione el delito previsto por el artículo 75 de la ley 685, del 22 de diciembre de 1975, derogado por el artículo 38, inciso 1, de la ley 162 del 26 de junio de 1990, la mención se entenderá referida al presente artículo.”

⁴ El texto del artículo 291 quater –introducido por el art. 1º de la ley 92, del 19 de marzo de 2001– del decreto del Presidente de la República del 23 de enero de 1973 (asociación para cometer delitos destinada al contrabando de tabaco elaborado en el exterior) expresa textualmente:

”1. Cuando tres o más personas se asocien con el fin de cometer varios de los delitos previstos por el artículo 291 bis, aquellos que promuevan, constituyan, dirijan, organicen o financien la asociación serán reprimidos, solo por ello, con reclusión de tres a ocho años.

”2. Aquel que participe en la asociación será reprimido con reclusión de uno a seis años.

”3. Las penas se aumentarán si el número de asociados es de diez o más.

”4. Si la asociación es armada o si concurren las circunstancias previstas por los apartados d o e del inciso 2 del artículo 291 ter, se aplicará la pena de reclusión de cinco a quince años en los casos previstos por el inciso 1 del presente artículo, y de cuatro a diez años en los casos previstos por el inciso 2. La asociación se considera armada cuando los partícipes disponen, para el logro de la finalidad de la asociación, de armas o materiales explosivos, aunque estén ocultos o mantenidos en un lugar de depósito.

”5. Las penas previstas por los artículos 291 bis, 291 ter y por el presente artículo se disminuirán de un tercio a la mitad respecto al imputado que, diferenciándose de los demás, se esfuerce para evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores ayudando concretamente también a la autoridad de policía o a la autoridad judicial en la recolección de elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la identificación o la captura de los autores del delito o para la individualización de recursos relevantes para la comisión de delitos.”

(DNA) desempeña, por el lado judicial, el papel de centro de coordinación investigadora, para afrontar adecuadamente la organización del crimen a través de una estudiada y eficaz articulación de las investigaciones.

Este rol es ejercido, en todo el territorio nacional, por el fiscal nacional antimafia o, por su delegación, por veinte magistrados destinados a la Dirección Nacional Antimafia.

En la nueva estructura organizativa de las funciones del ministerio público, formulada por la reforma de 1991, un aspecto fundamental está representado por la constitución, en el ámbito de las 164 fiscalías ordinarias ante los tribunales (con competencia territorial limitada a una circunscripción restringida), de veintiséis fiscalías antimafia de distrito (con competencia para investigar los delitos antes señalados en un ámbito territorial más amplio, coincidente con el distrito de la Corte de Apelaciones en la que cada dependencia tiene su sede).

El Fiscal Nacional Antimafia, valiéndose eventualmente de magistrados pertenecientes a la Dirección Nacional Antimafia, ejerce funciones de impulso con relación a los fiscales de distrito, respecto de los procesos para los "delitos de mafia", con el fin de hacer efectiva la coordinación de las actividades de investigación, de garantizar la funcionalidad del empleo de la policía judicial en sus diversas articulaciones y de asegurar la integridad y tempestividad de las investigaciones.

El ejercicio de estas funciones presupone naturalmente un conocimiento profundo del fenómeno mafioso en todas sus manifestaciones y la capacidad de promover, con el fin de coordinar las investigaciones y de reprimir los delitos, la adquisición y la elaboración de noticias, informaciones y datos relativos a la criminalidad organizada.

Este conocimiento está asegurado, no solo por la experiencia y profesionalidad específica de todos los magistrados asignados, luego de una rigurosa selección, a la Dirección Nacional Antimafia, sino también y principalmente por la disponibilidad de un banco de datos, constituido sobre la base de informes documentales provenientes de fuentes judiciales (p. ej., informes de delitos dirigidos a la autoridad judicial, mandatos de captura, sentencias condenatorias, declaraciones de colaboradores de la justicia, etc.), analizados oportunamente y organizados en soporte informático, dotados de un grado

de verosimilitud y estabilidad seguramente mayor que los simples informes policiales.

Para el ejercicio de sus funciones, el Fiscal Nacional Antimafia dispone de la Dirección de Investigaciones Antimafia (DIA), organismo interfuerzas con competencia nacional, destinado a desempeñar una función de inteligencia en el sector específico de las investigaciones antimafia, como también de los servicios centrales e interprovinciales de todas las fuerzas de policía (carabineros, policía de Estado, guardia de finanzas), comprometidas en la lucha contra la criminalidad organizada.

Para realizar la coordinación de las investigaciones (entre las fuerzas de policía) y de los procesos (entre diversas fiscalías de distrito dedicadas a investigaciones paralelas), el Fiscal Nacional Antimafia puede impartir directivas específicas, convocar reuniones entre los fiscales de distrito interesados para resolver las diferencias en la conducción de las investigaciones y hacer efectiva la coordinación. En casos excepcionales y siempre con el fin de evitar inercias injustificadas en la actividad de investigación y de asegurar la coordinación de las investigaciones, puede también disponer la avocación del proceso, asignándolo a un magistrado de la DNA.

El Fiscal Nacional Antimafia tiene además el poder-deber de asegurar la eficacia, continuidad y tempestividad de la acción judicial disponiendo la intervención transitoria de magistrados de su dependencia o de otras fiscalías para la realización de procedimientos que tengan por objeto "delitos de mafia", de especial complejidad, que requieran una profesionalidad específica, cada vez que esto resulte necesario para dar impulso a investigaciones paralizadas o que no estén todavía encaminadas por cualquier motivo o también para enfrentar, aun en la etapa de debate, exigencias específicas y contingentes de la investigación o del proceso.

En estos últimos tiempos, la Dirección Nacional Antimafia, consciente de que una acción eficaz de lucha contra la gran criminalidad organizada de tipo mafioso puede llevarse a cabo solo mediante una fuerte e inteligente cooperación internacional, también y especialmente en el aspecto judicial, ha constituido internamente el Servicio de Cooperación Internacional, con la misión principal de estudiar y promover nuevos y más intensos vínculos de cooperación entre la DNA y las autoridades judiciales extranjeras empeñadas en la lucha

contra el crimen organizado y de elaborar memorandos de acuerdos con el fin de favorecer, entre otras cosas, el recíproco y tempestivo intercambio de datos, noticias e informaciones sobre la criminalidad organizada entre las autoridades judiciales interesadas.

Para un examen más profundo de las actividades desempeñadas por la DNA en el ámbito internacional remitimos al parágrafo correspondiente.

Con el fin de explicar la estructura de la DNA, cabe recordar que esta se articula en cinco Departamentos y siete Servicios. Los Departamentos "Cosa Nostra", "Camorra", "Ndrangheta" y "Criminalità Pugliese" se ocupan de las "organizaciones mafiosas tradicionales" que tienen como lugares de origen, respectivamente, a Sicilia, Campania, Calabria y Pulla, mientras que el departamento de "Nuove Mafie" (o de las "Nuevas Mafias") se ocupa de las otras formas de criminalidad como la albanesa, china, rusa, etcétera.

En cuanto a los servicios, en cambio, merecen particular atención el relacionado con la "Cooperación Internacional" -del cual ya hemos hablado-, el de "Estudios y Documentación" (que, además de preparar actas para debates, sigue la evolución legislativa en los temas de criminalidad organizada y señala las decisiones judiciales y las contribuciones de la doctrina sobre esta cuestión), como también el "Informático". A este último Servicio se le encomienda la gestión del banco de datos y la individualización de las mejores tecnologías utilizables para la lucha contra la criminalidad organizada (p. ej., en el sector de las telecomunicaciones). Este Servicio provee, además, al análisis de los adelantos tecnológicos para sugerir medidas oportunas a las autoridades competentes para que se predispongan tempestivamente los instrumentos adecuados para neutralizar el uso de las nuevas tecnologías por parte de las organizaciones criminales. En el ámbito de la estructura de la DNA, cabe mencionar, además, los Servicios relacionados con la señalización de las "Operaciones Financieras Sospechosas", con los "Secuestros de Personas", con el fin de extorsión, con las "Medidas de Prevención", con las "Licitaciones Públicas", con las "Telecomunicaciones".

En el plano reglamentario y estructural, cabe recordar que la Dirección Nacional Antimafia es una articulación de

la Fiscalía General ante la Corte Suprema de Casación con sede en Roma.

Los magistrados que la componen, al igual que cualquier otro magistrado del ministerio público, gozan de las garantías aseguradas a la magistratura por la Constitución de la República italiana: sujeción únicamente a la ley (art. 101, inc. 2); autonomía e independencia de todo otro poder del Estado (art. 104, inc. 1º); inamovilidad (art. 107, inc. 1).

c) *LAS ACTIVIDADES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL ANTIMAFIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL*: Una de las “novedades” de las dinámicas operativas de los grupos criminales estructurados (junto a aquella constituida por la expansión de los mercados ilícitos, que ya han alcanzado, incluso, el ambiente y a los seres humanos) está representada en el modelarse dentro de esquemas transnacionales. Con esto se quiere aludir al hecho de que grupos criminales de diversas etnias o naciones colaboran eficazmente entre ellos en la gestión de actividades ilícitas. Piénsese, por ejemplo, en los grupos turcos, macedonios, albaneses de Kosovo que se manejan en el sector de la venta de heroína, instaurando relaciones –de proveedores a compradores– con las mafias italianas (no solo con la pulleza –la “*sacra corona unita*”– sino también con la siciliana –“*cosa nostra*”– y calabresa –la “*’ndrangheta*”).

La “transnacionalidad” del crimen es, por lo tanto, una característica distinta de su “internacionalidad”. En efecto, con esta segunda locución se hace referencia a la circunstancia de que un grupo criminal no opera únicamente en el territorio del Estado donde ha surgido, sino que desarrolla su actividad también en el extranjero (por ej., es sabido que familias de la “*’ndrangheta*” actúan también en Francia, Alemania, Australia, etc.); con la primera, en cambio, se quiere aludir a la cooperación que grupos criminales de diversas nacionalidades instauran entre sí para manejar más eficazmente determinados mercados criminales. Este fenómeno es inducido por la naturaleza misma de tales mercados que, frecuentemente, tienen por objeto bienes muebles (estupefacientes, armas, seres humanos, dinero de proveniencia ilícita, desechos radiactivos o peligrosos) que deben ser transferidos desde el país de producción hacia el de consumo (o de refugio), atra-

vesando el territorio de otros países. De aquí las sinergias entre los varios grupos criminales que manejan el mercado, sinergias que no solo alimentan y sustentan el tráfico, sino que potencian los grupos individuales que encuentran motivos de mayor fuerza y potencia en las relaciones que instauran con las otras asociaciones.

Frente a este fenómeno es necesaria una estructura que, moldeándose a sus características, sea capaz de combatirlo.

Efectivamente, ya se ha constatado –y convalidado por la experiencia italiana– que los órganos de investigación deben “modelarse” sobre la estructura criminal que quieren combatir.

Por lo tanto, en el futuro, al menos con referencia a áreas homogéneas culturalmente (como la Unión Europea y los Estados que aspiran a formar parte de ella), será necesaria la creación de un organismo capaz de coordinar las investigaciones que se desarrollen en los distintos países sobre los fenómenos de la criminalidad transnacional.

Cabe recordar aquí lo que ha indicado el Consejo Europeo en la reunión de Tampere, que se llevó a cabo el 15 y 16 de octubre de 1999: “Para reforzar la lucha contra las formas graves de criminalidad organizada, el Consejo Europeo ha acordado instituir una unidad (Eurojust) compuesta por fiscales, magistrados o funcionarios de policía con competencia similar, destinados por cada Estado miembro de conformidad con el propio sistema jurídico. El Eurojust deberá tener la tarea de facilitar una buena coordinación entre las autoridades nacionales responsables de la acción penal, de prestar asistencia en las investigaciones referidas a casos de criminalidad organizada, en particular sobre la base del análisis del Europol, y de cooperar estrechamente con la red judicial europea, en particular con el fin de simplificar la ejecución de los exhortos. El Consejo Europeo solicita al Consejo adoptar el instrumento jurídico necesario antes de finalizar el 2001”.

La entrada en funcionamiento de Eurojust estaba prevista antes de finalizar 2001 y, mientras tanto, por decisión del Consejo de la Unión Europea del 14/12/2000 fue instituida una unidad provisoria de cooperación judicial que, entre otros, tiene la misión de “estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las acciones judiciales entre los Estados miembros”.

Todo esto será facilitado por la deseable creación de un espacio jurídico (penal y procesal) común, al menos para las más relevantes formas de criminalidad organizada: esto siguiendo la pauta de los principios contenidos en el *Corpus Iuris* elaborado por la Comisión Europea, aunque solo para la protección de los intereses financieros de la Comunidad y no operativo todavía.

Si este debe ser el objetivo final de una seria política criminal contra las más modernas formas del crimen asociado (y es de buen augurio que la ONU esté por adoptar una convención contra la criminalidad organizada), se explican, seguidamente, los planes de acción con los que se ha manejado, en este ámbito, la Dirección Nacional Antimafia.

El criterio fundamental que legitima la actividad de la DNA, también en la lucha contra la criminalidad de tipo transnacional, deriva de la siguiente consideración basada en precisas indicaciones normativas.

El artículo 371 bis del Código Procesal Penal ("Actividad de coordinación del Fiscal Nacional Antimafia") dispone, en su inc. 3, c, que este, "a los fines de la coordinación de las investigaciones y de la represión de los delitos, provee a la adquisición y a la elaboración de noticias, informaciones y datos relacionados con la criminalidad organizada".

Es, entonces, evidente que si la criminalidad organizada asume formas y dimensiones transnacionales y si las investigaciones desarrolladas por la DDA cada vez con mayor frecuencia tienen por objeto interconexiones entre grupos criminales que operan en diversos países, el PNA, para su coordinación y en vista de la represión de los delitos, debe adquirir y elaborar noticias, informaciones y datos también sobre grupos criminales extranjeros que interactúan con los nacionales y cooperan con estos en el manejo de los tráficoos ilícitos.

La exactitud de este planteamiento ha sido reconocida formalmente incluso por el Ministerio de Justicia que, con nota del 25 de mayo de 1998, destacaba cómo "la actividad de adquisición y elaboración de noticias, informaciones y datos referidos a la criminalidad organizada, de competencia de la DNA, no puede mantenerse circunscripta al ámbito de las fronteras nacionales, cuando esta criminalidad las supera, como ya ocurre desde hace tiempo".

Por lo demás, una cantidad de convenciones, desde la relativa al lavado (Estrasburgo, 8/11/90) hasta la de actualización de la Convención europea de asistencia judicial en materia penal (Estrasburgo, 20/4/59), realizada en Bruselas el 29/5/2000, a la formulada por la ONU para la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, prevén el intercambio, aun sin requerimiento, de informaciones útiles para emprender o concluir investigaciones o procesos.

Las principales iniciativas asumidas en este ámbito son las siguientes:

a) Transmisión, a los embajadores de los Estados extranjeros acreditados ante el Estado italiano, de una nota con la cual, por un lado, se explicaban las funciones y la estructura de la DNA y, por otro, se pedía información sobre el ordenamiento judicial del país extranjero y la indicación del órgano judicial homólogo a la DNA con el cual poder iniciar relaciones de cooperación judicial.

b) De esta iniciativa han surgido relaciones con las autoridades judiciales centrales de numerosos países, a alguno de los cuales han ido delegaciones de magistrados de la DNA como, por ejemplo, a Rusia, Lituania, Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania, Malta, Alemania, Holanda, Bélgica, República Dominicana, EE.UU., Brasil, Argentina, Perú.

c) En el curso de tales encuentros, en los mantenidos en la DNA o mediante intercambios epistolares, se han adquirido noticias útiles para mejorar el desarrollo de las investigaciones conducidas en Italia por la DDA y se han suministrado, respetando el secreto investigativo, datos e informaciones relevantes para la autoridad extranjera.

d) Con las autoridades judiciales de algunos países, al finalizar los encuentros de trabajo, se han redactado actas con las que la DNA, por un lado, y la autoridad judicial extranjera, por otro, se han comprometido a mantenerse actualizadas constantemente respecto de la legislación, penal y procesal, en temas de criminalidad organizada, grupos criminales operantes en los respectivos países, sus estructuras y sus conexiones y también a suministrarse noticias sobre ciudadanos del otro Estado arrestados, por hechos de criminalidad organizada, en el territorio propio.

e) Ha sido implementado, en la DNA y con la activa colaboración del Departamento de Administración Penitenciaria, un sistema informático que permite determinar, de manera inmediata, los ciudadanos extranjeros que ingresan en los institutos penitenciarios por delitos de criminalidad organizada.

Para cada uno de estos sujetos se prepara un *dossier* que contiene todas las noticias –que pueden revelarse– útiles para delinear el contexto criminal en el cual el sujeto operaba, sus conexiones, incluso en Italia, de modo de poder poner a disposición de la autoridad extranjera –en condiciones de reciprocidad– todo dato útil sobre la persona objeto de investigación y sobre el grupo criminal al que pertenece.

f) En agosto de 1999 se ha constituido una Comisión de la que forman parte el Procurador General de Alemania, los fiscales de algunos *länder*, el BKA y la DNA para la identificación de los patrimonios ilícitos constituidos por la *'ndrangheta* en Alemania.

Los trabajos llevados a cabo, al compás de repetidas reuniones, ya han conseguido resultados positivos, especialmente a través de las indicaciones suministradas por los colaboradores de la justicia, escuchados a través de las entrevistas realizadas con fines de investigación.

Es oportuno señalar que la actividad desarrollada por la DNA con relación a las autoridades judiciales de otros Estados excede completamente y no tiene nada que ver con la que se expresa con los pedidos de exhortos, cuya competencia corresponde, exclusivamente, a los órganos de investigación (las DDA) y al Ministerio de Justicia.

El exhorto (activo o pasivo) se inserta dentro de un proceso en curso y busca obtener –o suministrar– elementos de prueba adquiribles en el extranjero, sobre la base de lo que ya emergió del proceso.

La función de la DNA, en cambio, consiste en suministrar, a las DDA o a la autoridad judicial extranjera, noticias, informaciones y datos que puedan dar origen a una nueva investigación o que sirvan para completar una investigación ya existente. En este segundo caso, el dato transmitido por la DNA podrá ser verificado mediante la realización de un exhorto, que antes no podía efectuarse por ignorancia de las circunstancias de hecho.

También deben mencionarse algunas resoluciones de la Unión Europea que pretenden instituir una red judicial que permita contactos directos adecuados entre las autoridades judiciales y las demás autoridades responsables de la cooperación contra la criminalidad organizada en los Estados miembros.

Vale la pena recordar:

- 1) la Acción Común del 29 de junio de 1998;
- 2) el plan de acción adoptado por el Consejo Europeo el 28 de abril de 1997, que en la recomendación 21 expresa: "Para desarrollar esta red, cada Estado miembro deberá designar un punto de contacto central que permita el intercambio de informaciones entre las autoridades judiciales nacionales en el pleno respeto de la tutela prevista por la legislación nacional", y
- 3) la resolución del Parlamento Europeo del 20 de noviembre de 1997, que en la recomendación I "apoya la constitución en cada Estado miembro de un organismo nacional para la coordinación de la lucha contra la criminalidad organizada, con la condición que esto no equivalga a introducir un nuevo, pesado nivel burocrático, sino una estructura de apoyo flexible, capaz de proveer una asistencia rápida, no burocrática e informal a las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la ley".

Es fácil comprobar cómo la recién recordada recomendación del Parlamento Europeo auspicia la constitución de un organismo que en Italia ya existe —justamente la DNA—, que tiene exactamente las tareas y la estructura para satisfacer las exigencias indicadas.

Esto es tan así que, con notas del 14 de octubre y del 25 de noviembre de 1999, el Ministerio de Justicia ha indicado a la DNA como punto central de contacto de la red judicial europea.

Más precisamente, la carta que la Dirección General de Asuntos Penales envió al Secretario General de la Unión Europea dice lo siguiente: "Respecto al art. 2 de la Acción Común constitutiva de la red judicial europea, la Dirección Nacional Antimafia tiene funciones de impulso y de coordinación de las investigaciones por los delitos de secuestro de personas con fin de extorsión, de asociación de tipo mafioso y de asociación en materia de estupefacientes.

"Además, con referencia al § 2 del art. 4 de la Acción Común, la Dirección Nacional Antimafia es competente, respetando la normativa nacional, para proveer informaciones sobre actos de investigación relativos a los delitos mencionados, necesarias para la promoción de una demanda de cooperación judicial concerniente a los mismos delitos o hechos vinculados a estos".

La "persona de contacto" titular, en el ámbito de la red, es el Sustrituto Procurador Nacional Antimafia, Cons. Pier Luigi Dell'Osso, mientras que suplente es el Sustrituto Procurador Nacional Antimafia, Cons. Francesco De Leo.

El panorama de las actividades llevadas a cabo por la DNA en el sector en estudio no sería completo si no se recordase también lo siguiente:

a) las reuniones de coordinación efectuadas con magistrados italianos y extranjeros. Así, por ejemplo, cabe mencionar las de varias fiscalías de distrito italianas con el Procurador General de Albania o con las autoridades judiciales de Venezuela, de Suiza y de Canadá, para resolver también los problemas relativos a la confiscación de bienes —realizada en el extranjero— de un clan mafioso que operaba en el tráfico de estupefacientes.

Más recientemente se desarrolló una actividad de coordinación de las investigaciones llevadas a cabo por fiscalías de distrito en tema de contrabando de tabacos elaborados en el exterior, en la que participó también el Director de la OLAF e investigadores de los EE.UU. En este contexto, el PNA le dirigió una carta al Presidente de la Comisión Europea manifestándole la necesidad de una investigación supranacional del fenómeno, con la intervención de la DNA con funciones de coordinación;

b) la participación de magistrados de la DNA en los trabajos de la ONU para la redacción de la Convención sobre la criminalidad organizada y en el Grupo Multidisciplinario sobre la Criminalidad Organizada de la Comisión Europea;

c) la realización de conferencias, a pedido también del Ministerio de Justicia, a magistrados extranjeros, en el ámbito de proyectos de promoción y de estudio de la criminalidad organizada, y

d) la participación en grupos de trabajo de carácter internacional, como, por ejemplo, el de Italia y EE.UU. sobre

la trata de blancas, o de nivel interministerial, como el de lucha contra los fenómenos ilegales en el Adriático.

d) *APUNTES PARA UN ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN DE TIPO MAFIOSO*: Merece particular atención el análisis del delito de asociación de tipo mafioso, previsto por el art. 416 bis del Cód. Penal introducido por el art. 1º de la ley 646, del 13 de septiembre de 1982, cuyo inc. 3, última parte (relativa a la finalidad de procurar votos en ocasión de una consulta electoral) ha sido agregado por la ley 356 del 7 de agosto de 1992. Este constituye, en efecto, el hecho en el que se centran, en buena medida, las funciones de la Dirección Nacional Antimafia.

El delito de asociación de tipo mafioso ha sido agregado al de asociación para cometer delitos reprimido por el art. 416 del Cód. Penal, que se verifica "Cuando tres o más personas se asocian para cometer delitos".

Los elementos que distinguen la asociación de tipo mafioso respecto de la simple asociación para cometer delitos pueden sintetizarse de la siguiente manera.

Mientras para la asociación simple es suficiente la creación de una organización estable, aunque sea rudimentaria, dirigida al cumplimiento de una serie indeterminada de delitos, para la asociación mafiosa es además necesario que haya conseguido, en el ambiente circundante, una capacidad real de intimidación y que sus adherentes se sirvan de dicha fuerza que produce estados de sometimiento y de *omertà* (o "ley del silencio") en los terceros con los que la asociación se relaciona.

El valerse de la fuerza de intimidación puede expresarse en las formas más diversas, sea limitándose a aprovecharse del clima de intimidación ya conseguido por el grupo criminal o produciendo nuevos actos de violencia o de amenaza que refuercen la precedente capacidad de intimidación adquirida por la asociación.

El método mafioso (o, mejor dicho, el conjunto de medios en los que se basa) es identificado, entonces, por la norma penal mediante la indicación de tres parámetros que lo caracterizan ("fuerza de intimidación del vínculo asociativo", estado de "sometimiento", estado de *omertà* o "ley del silencio"), de modo de considerar a los tres como elementos necesarios y

esenciales para que pueda configurarse este delito de asociación.

Desde el punto de vista del fin, mientras la asociación simple se proyecta hacia la comisión de hechos previstos por la ley como delitos, la mafiosa puede dirigirse, alternativamente, no solo a tal fin, sino también a adquirir, de manera directa o indirecta, la gestión o el control de actividades económicas, de autorizaciones, de licitaciones y servicios públicos o de algún tipo de provechos o ventajas indebidos para sí o para otros, a impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o a conseguir votos para sí o para otros en ocasión de consultas electorales.

La finalidad de cometer delitos, aunque sea connatural a la asociación mafiosa y aunque esté presente en su misma estructura por el recurso a la violencia que la caracteriza, no constituye, sin embargo, el fin último y exclusivo de la asociación; aun cada uno de los delitos cometidos, como por ejemplo aquellos dirigidos al "ajuste de cuentas" o contra representantes de las instituciones públicas, responden a una estrategia más amplia de búsqueda del poder económico y de continua ampliación y consolidación del mismo con una visión empresaria que no hace ninguna diferencia entre provechos criminales y provechos formalmente lícitos y que considera la intimidación y la violencia como instrumentos de trabajo normales.

Este es, entonces, el contexto en el que las organizaciones mafiosas se proponen conquistar el control, no solo de la actividad puramente criminal (como, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes o de armas) sino también de grandes zonas de actividades formalmente lícitas. Es importante subrayar, en este sentido, que las actividades formalmente lícitas no se desarrollan como mera consecuencia o como cobertura de las actividades criminales, sino como una perspectiva natural de estas en el ámbito de la visión empresarial mafiosa. El delito, entonces, es un instrumento para la conquista del poder económico y también político y se remite, por lo tanto, en definitiva, a una lógica global de usurpación de espacios cada vez mayores de poder real.

Todo esto ha sido bien identificado por el legislador que ha estructurado el delito de asociación de tipo mafioso de manera tal que se manifiesta, aun en ausencia de un programa

de delitos, cuando mediante un método mafioso la asociación se dirija a finalidades de monopolio, finalidades político-electorales o finalidades de beneficios indebidos.

En el plano del derecho internacional, cabe recordar una sentencia emitida por la Corte Suprema de Casación el 31/7/93: "En cuestiones de delitos de asociación, para determinar la subsistencia de la jurisdicción italiana es necesario verificar sobre todo el lugar donde se ha realizado, en todo o en parte, la actividad de la estructura organizativa, mientras debe atribuirse una importancia secundaria al lugar en el que han sido realizados cada uno de los delitos cometidos en cumplimiento del programa criminal, a menos que estos, por el número y la consistencia, revelen el lugar de operación del plan. De esto deriva que la participación de un sujeto en una sociedad criminal que tiene ramificaciones y centros operativos en varias partes del mundo adquiere importancia respecto de la jurisdicción si uno o varios de los centros operan en Italia porque en caso afirmativo el delito deberá considerarse enteramente punible por la ley italiana y por obra de la autoridad judicial del Estado. Todo esto según se desprende del art. 6º del Cód. Penal, una norma que interpreta y define el interés del Estado en reprimir a aquellos que, de cualquier manera, hayan llevado a cabo una actividad ilícita que haya violado las normas penales, atribuyendo de esta manera alcance expansivo a una fracción de actividad cometida en el territorio del Estado por alguno que participe de la sociedad, de modo que la aplicación de la norma penal se extienda a todos los partícipes y a toda la actividad criminal dondequiera que se haya realizado".

CAPÍTULO V

NUEVOS INSTITUTOS PROCESALES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO*

§ 24. EL COLABORADOR DE LA JUSTICIA Y LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS. — a) *EL DEBATE LEGISLATIVO*: Después de una larga gestación parlamentaria —caracterizada por un rumbo “cárs-tico”, por los ciclos de aparición y desaparición que han acompañado también su repercusión mediática—, el proyecto de ley presentado por el Gobierno el 11 de marzo de 1997 finalmente se ha traducido en la ley 45, del 13 de febrero de 2001 (en *Gazzetta Ufficiale* n° 58 del 10 de marzo de 2001), aunque ampliamente retocado y enriquecido por otras propuestas legislativas, y el Parlamento ha sancionado la modificación a las reglas de protección y sistema punitivo de “quienes colaboran con la justicia” y también disposiciones a favor de las personas que “prestan testimonio”.

Nos proponemos aquí indicar, de manera muy sintética, algunas de las principales diferencias que caracterizan a la nueva reglamentación con respecto a la precedente, que estaba prevista, como es conocido, en cuanto al texto principal, en el decr. ley 8, del 15 de enero de 1991, ratificado por la ley 82, del 15 de marzo de 1991, titulado “Nuevas medidas en materia de secuestro con fines extorsivos y para la protección de quienes colaboran con la justicia”.

Además, trataremos de indicar posibles consecuencias que producen algunas previsiones de la ley 45/2001 sobre la ley de Modificaciones al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal en materia de producción y valoración de la

* Por PIERO L. VIGNA.

prueba en cumplimiento de la ley constitucional de reforma al artículo 111 de la Constitución (ley 63, del 1/3/2001).

De la simple lectura del título de la nueva ley surge que el legislador no ha creado un instrumento normativo del todo nuevo, sino que, por así decirlo, ha “trabajado” sobre la norma precedente, sustituyendo disposiciones, agregando y derogando otras, y previendo, finalmente, la sanción de una larga serie de decretos ministeriales dirigidos a regular importantes aspectos de la materia. Así, por ejemplo, los contenidos y la forma de cumplimiento de las medidas especiales definidas y aplicadas aun en forma provisoria por la comisión central, como también los criterios que la misma aplica en las etapas de instrucción, producción y ejecución de las medidas antedichas (art. 19, inc. 1); “los presupuestos y las modalidades de aplicación de las normas sobre el tratamiento carcelario (...) a las personas a las que se concede medidas especiales de protección y a aquellas que tienen o han prestado las formas de colaboración previstas por el Código Penal o por disposiciones especiales relativas a los delitos del artículo 9º, inciso 2” (art. 19, inc. 2), y también, las normas reglamentarias que regulan las formas de pago y de transferencia de dinero, bienes o de otros beneficios previstos para el compromiso asumido por el colaborador de acuerdo con el artículo 12, inciso 2, e (art. 19, inc. 3).

Tampoco la lista de las normas accesorias a promulgar termina aquí: véanse, efectivamente, también los decretos previstos por el inciso 4 ter del art. 12 sexies del D.L. 306, del 8 de junio de 1992, ratificado, con modificaciones, por la ley 356 del 7 de agosto de 1992, modificado por el art. 24 de la ley en estudio.

Con esto queremos decir que una valoración articulada del nuevo sistema y, lo más importante, un juicio sobre su funcionalidad, deberán ser postergados hasta la promulgación de las múltiples normas accesorias a las que remite la principal.

b) *LA PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS*: De la lectura del título de la ley surge también una novedad importante respecto de la norma anterior: esta estaba destinada sólo a la protección de quienes colaboran con la justicia, y la nueva posee además disposiciones a favor de las personas que prestan testimonio.

Las medidas con respecto a estos sujetos (contenidas en el Cap. II bis, "Normas para la protección de los testigos judiciales", introducido, con sus artículos 16 bis y 16 ter, en el texto normativo precedente por el art. 17 de la ley) se aplican a aquellos que asuman, respecto al hecho o a los hechos delictivos en orden a los cuales presten declaración, exclusivamente la calidad de persona ofendida por el delito o bien de persona informada de los hechos o de testigo, con tal que no haya sido dispuesta contra ellos una medida cautelar, o que no se encuentre en curso un procedimiento de aplicación de la misma, de acuerdo con la ley 575 del 31 de mayo de 1965 (art. 16 bis, n. 1º).

La posición de dichos sujetos, ahora llamados (véase art. cit.), "testigos de justicia", suscitaba, efectivamente, varias cuestiones.

La primera –y la más evidente– era su escaso número respecto al de los colaboradores que gozaban del programa especial de protección. Precisamente, según el último Informe al Parlamento del Ministerio del Interior, mientras los colaboradores protegidos eran 1100, con algunos miles de familiares, sólo había 56 testigos.

Además, parecía no ser equitativa una completa equiparación –como estaba prevista en la reglamentación precedente, aunque parcialmente atenuada por algunas propuestas equitativas promovidas por la Comisión central– del colaborador, proveniente del mundo del crimen organizado, con el ciudadano, testigo de un hecho delictivo. Como prueba de la importancia de la cuestión cabe recordar que la misma Comisión Parlamentaria Antimafia instituyó un Comité para el estudio de las condiciones en las que se encontraban los "testigos de justicia".

En la Exposición del proyecto de ley presentado para regular, en forma discriminada, la posición de estos con respecto a la de los colaboradores se leen, entre otras, estas observaciones que compartimos: en torno a la condición de estos sujetos que, a pesar de la escasez de número, expresan un alto valor simbólico, se confirma la credibilidad de las instituciones en la lucha contra la mafia. La garantía de un futuro adecuado para los testigos y sus familias alienta a otros a no tener inconvenientes en contar cuanto se conoce a las fuerzas del orden o a la autoridad judicial. La conciencia de que

el Estado con sus leyes, con sus disposiciones administrativas, pero sobre todo con el comportamiento de sus hombres, se hace cargo de modo real y concreto del destino de los testigos, ayudará a vencer las condiciones de la *omertà* (o “ley del silencio”), y al mismo tiempo —aumentando su número— hará menos ocasional su posición al punto de aliviar o eliminar, por superfluas, las propias medidas extraordinarias de protección. Sólo a través de una más difundida ruptura de la *omertà* (o “ley del silencio”) el testigo podrá ser equiparado a un ciudadano normal que cumple con su deber: cuando, en cambio, atestiguar —como ocurre hoy— constituye un salto al vacío, es imposible que otros superen la reticencia de la colaboración.

Entonces, los fines perseguidos mediante la introducción de un régimen diferenciado a favor de los testigos de justicia son estos: destacar, a través de la previsión de un contenido distinto de las medidas especiales de protección dispuestas para ellos, la diferencia sustancial que existe entre quien colabora proviniendo de la sociedad criminal y quien, sin estar implicado en ella, cumple un deber cívico de solidaridad; vencer la *omertà* (o “ley del silencio”) —todavía hoy tan difundida en algunas zonas de Italia—, ofreciendo un instrumento destinado a incentivar el pasaje de la posición de “súbdito” de las organizaciones criminales a la de ciudadano.

Si tales objetivos se realizan, podrán derivarse también, en nuestra opinión, consecuencias positivas en el desarrollo del proceso penal, dada la presunción de “inatendibilidad”, cada vez más difícil de vencer, con que la ley rodea al colaborador y el particular valor asignado a las declaraciones del testigo.

El régimen diferenciado previsto para este último se manifiesta en varios aspectos como, por ejemplo:

a) las características de las declaraciones y los delitos a que estas se refieren (art. 16 bis, inc. 2; en correlación con el art. 9º, inc. 3);

b) la mayor extensión de las medidas especiales de protección al círculo de personas que tienen relación con el testigo, respecto a lo que estaba previsto para el colaborador (art. 16, inc. 3; en correlación con el art. 9º, inc. 5, como está expresado por el art. 2º de la ley);

c) las contribuciones de tipo económico más amplias a favor del testigo respecto del colaborador (art. 16 ter, en correlación con el art. 13, inc. 6, reemplazado por el art. 6º de la ley);

d) la exoneración de indicar los bienes que se posee (arts. 12, inc. 2, e, y 16 quater, inc. 2, el primero referido y el segundo reemplazado por los arts. 5º y 14 de la ley).

El régimen diferenciado que hemos expuesto ha tenido también influencia sobre el reglamento organizativo del Servicio Central de Protección, porque este deberá articularse en dos secciones, dotada cada una de personal y de estructuras diferentes y autónomas, con competencia una sobre los colaboradores de justicia y la otra sobre los testigos (art. 14, sustituido por el art. 9º de la ley), señal esta también de una diversa idoneidad requerida al personal del Servicio destinado al cuidado de una u otra categoría de sujetos.

c) *LAS DECLARACIONES DE LOS COLABORADORES: AUTENTICIDAD, TEMPESTIVIDAD, COMPLETITUD Y ATENDIBILIDAD:* La ley contiene, además, una serie de previsiones dirigidas a garantizar la mayor autenticidad y credibilidad posibles de las declaraciones de colaboración, sea de aquellas que atañen al hecho delictivo o de aquellas que pueden ser utilizadas como cotejo de las primeras.

En efecto, con frecuencia se planteaba cierta perplejidad acerca de esas características de las declaraciones, originada en la circunstancia que los dichos del colaborador podían quedar diluidos por los términos amplios e indefinidos, tanto que, en la práctica, se usaba, para definirlos, la expresión “declaraciones en cuotas”.

Pero, si es verdad que, en ciertas ocasiones tal argumento fue usado para desacreditar a colaboradores de seriedad comprobada y sin tener en cuenta (o, a lo mejor, sabiéndolo) que hablar de ciertos temas —encontrando, también, deficiencias en la protección del sujeto— no estimula, por cierto, a expresar lo que se conoce de un hecho grave y con implicaciones de diferente tipo, incluso político, también es verdad que no podía aceptarse tranquilamente —a pesar de considerar que la colaboración es un proceso complejo y no un paso fulminante hacia la reinserción social— el dato de que hechos imposibles

de olvidar fueran referidos a una distancia de tiempo notable desde el inicio de la colaboración. De aquí también la sospecha de que el colaborador pudiera rescatar los hechos conocidos no de su propia memoria y de su propia vivencia, sino de los relatos de otros colaboradores. Luego, se pasaría rápidamente a suponer, aun sin pruebas, comportamientos incorrectos por parte de los organismos de investigación. Obviamente, todo esto provocaba una inevitable repercusión en la valoración de la prueba por parte del juez.

La ley remedia estos temores con una serie de disposiciones vinculadas entre sí. Así, por ejemplo, con aquellas, bastante difusas, contenidas en el art. 16 quater, dedicado al acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, y clasificadas en el nuevo Capítulo II ter, introducido por el art. 14 de la ley. Con el fin de conceder las medidas especiales de protección, las atenuantes previstas por el Código Penal y las leyes especiales en caso de colaboración y los beneficios penitenciarios, el sujeto que ha manifestado la voluntad de colaborar debe prestar declaración ante el procurador de la República, dentro de los 180 días, sobre todas las informaciones útiles que posea, para la reconstrucción de los hechos y las circunstancias sobre las que es interrogado, como también de los demás hechos de suma gravedad y alarma social de los que tiene conocimiento, y también para la individualización y la captura de sus autores. Para evitar también la repetición del fenómeno de las "declaraciones en cuotas" se prevé además (art. 16 quater, inc. 4) que en el acta ilustrativa señalada el declarante debe atestiguar que no posee noticias e informaciones utilizables en el proceso sobre otros hechos o situaciones, incluso no conectados o vinculados con los referidos, de particular gravedad o que de todos modos evidencien la peligrosidad social de sujetos particulares o de grupos criminales. Las declaraciones que tienen por objeto dichas informaciones o aquellas a las que se refiere el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración si se prestan al ministerio público fiscal o a la policía judicial luego del término de 180 días desde la manifestación de la voluntad de colaborar, no pueden ser valoradas para probar los hechos afirmados en ellas contra personas distintas del declarante, salvo en los casos de irrepetibilidad; estas declaraciones, desprovistas de validez probatoria, también por los efectos previstos por el

art. 192, inc. 3, Cód. Proc. Penal, por lo tanto, podrán ser usadas sólo como *input* de las investigaciones.

No es difícil prever que la norma podría ser sometida al control de constitucionalidad con referencia al principio de obligatoriedad de la acción penal establecido por el art. 122 de la Constitución.

Seguramente tendía a evitar reproches de este tipo la disposición contenida en el proyecto de ley del gobierno (art. 16 ter, inc. 5: "Atenuantes en caso de colaboración") según la cual "Cuando (...) haya sido agregada el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración o su extracto y no contenga referencias al hecho objeto del proceso (...) el juez, si cree que de todos modos debe tener en cuenta la colaboración, indicará los motivos por los cuales no cesa su indispensabilidad y señalará los elementos de los que resulta que no se ha visto comprometida su autenticidad".

Para consentir una apreciación acertada de la autenticidad de los conocimientos, el sujeto deberá indicar los interrogatorios eventualmente mantenidos (inc. 5), mientras que estos están prohibidos -bajo pena de resultar inutilizables, en el debate, las declaraciones prestadas con posterioridad, salvo los casos de irrepetibilidad del acto- durante la redacción del acta y siempre por lo menos hasta la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración (art. 13, incs. 14 y 15, reemplazados por el art. 6º de la ley).

Asimismo, la documentación referida a los datos correspondientes a los interrogatorios podrá ser recibida por el juez (art. 16 sexies, inc. 2, introducido por el art. 14 de la ley).

En el contexto que aquí consideramos se insertan, además, una serie de disposiciones dirigidas al Departamento de Administración Penitenciaria. Cabe recordar aquellas según las cuales el sujeto respecto de quien se formula o se está por formular la propuesta para admitirlo a un sistema de protección especial debe, siempre bajo la pena de no utilizar en el debate sus declaraciones, salvo los casos de irrepetibilidad del acto (art. 13, inc. 15, sustituido por el art. 6º de la ley), no sólo ser ubicado en institutos o sectores de un instituto que garanticen exigencias específicas de seguridad, sino también ser sometido a medidas de trato penitenciario, especialmente en cuanto a su organización, dirigidas a impedir el contacto con otras personas que ya sean colaboradoras de la

justicia y dirigidas a asegurar que no se comprometa la autenticidad de las declaraciones”.

Como se puede notar de la lectura comparada del inciso 9 del art. 16 quater y del inciso 15 del art. 13, la sanción de inutilidad de las declaraciones prestadas con posterioridad al incumplimiento de las prescripciones establecidas por ambas normas se refiere, en el primer caso, a su valoración “a los fines de la prueba de los hechos afirmados en ella contra personas distintas del declarante”, mientras el segundo alude al “debate”, salvo, en los dos supuestos, que no pueda repetirse el acto.

Mientras que ya se ha planteado una hipótesis de interpretación sobre la primera locución, cabe notar respecto de la segunda que las declaraciones prestadas con posterioridad al incumplimiento no podrán ser usadas ni siquiera en las impugnaciones. En cambio, parecería que pueden fundamentar los procesos especiales caracterizados por la ausencia de la etapa de debate, como el juicio abreviado y la aplicación de la pena a propuesta de las partes, basados, por lo demás, en el pedido o el consentimiento del imputado.

También es funcional a la valoración de la autenticidad de las declaraciones la disposición contenida en el inc. 4 bis del art. 106, Cód. Proc. Penal (referido por el art. 16 de la ley), según el cual “No puede ser asumida por un mismo defensor la defensa de varios imputados que hayan prestado declaraciones concernientes a la responsabilidad de otro imputado en el mismo proceso o en un proceso conexo previsto por el artículo 12 o conexo previsto por el artículo 371, inciso 2, b”.

Es una lástima que no se haya aprovechado la oportunidad para “atenuar” cuantitativamente —así como había sido propuesto autorizadamente en el proyecto de elaboración del Cód. Proc. Penal de 1988— la defensa de varios adherentes al mismo clan mafioso, para evitar de este manera la impresión que, en ciertos casos, la defensa del grupo pueda anteponerse a la del único imputado.

Un “efecto disuasivo” de prestar declaraciones que no sean verdaderas también podrá surgir del supuesto de revisión previsto por el art. 16 septies (introducido por el art. 14 de la ley y que encuentra un precedente en el art. 8º, incs. 3 a 5, del D.L. 152 del 13 de mayo de 1991, ratificado por la ley 203 del 12 de julio de 1991), que debe ser requerida cuando

las circunstancias atenuantes previstas por el Código Penal o por las leyes especiales hayan sido aplicadas como consecuencia de declaraciones falsas o reticentes, de las que se derivan también efectos negativos para el declarante favorecido por beneficios penitenciarios (inc. 3, art. cit.). El mismo alcance presenta el aumento de pena previsto para el delito de calumnia si el hecho fue cometido con el fin de gozar de las circunstancias atenuantes, de los beneficios penitenciarios o de las medidas especiales de protección, con una agravante de la pena aún más importante si se obtiene alguno de los beneficios (inc. 7, art. cit.; para una disposición análoga, cfr. el inc. 6 del art. 8º cit.).

Finalmente, cabe recordar, como instrumento dirigido a favorecer el principio de contradicción —que es el corazón del debido proceso— la disposición según la cual al asumir un compromiso “el declarante se obliga a someterse a interrogatorios, a exámenes y a cualquier otro acto de investigación” (art. 12, inc. 2, b, sustituido por el art. 5º de la ley), compromiso cuya inobservancia tiene como consecuencia la suspensión de las medidas especiales de protección (art. 13 quater, inc. 2, introducido por el art. 8º de la ley) con alcances negativos también en el plano de la revocatoria o sustitución de la prisión preventiva y de la aplicación de los beneficios penitenciarios (arts. 16 octies y nones, inc. 3, introducidos por el art. 14 de la ley).

d) *LOS DELITOS A LOS QUE DEBEN REFERIRSE LOS ACTOS DE COLABORACIÓN. LAS DISTINTAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN:* Ya se ha subrayado que el “mundo” de los colaboradores y de sus familiares es particularmente numeroso: 5345 personas, según el último estudio estadístico. Este dato, junto al hecho de que la única forma de protección especial era ofrecida, según el sistema anteriormente vigente, por el programa especial —aplicable para colaboraciones prestadas en orden a una amplia clase de delitos y particularmente oneroso, incluso por el lado de la factibilidad práctica, sea para el Estado o para las mismas personas protegidas— había causado, como se señalaba también en los Informes del Ministerio del Interior al Parlamento, una especie de “implosión del sistema” y, por lo tanto, dificultades para su gestión racional y satisfactoria.

Para evitar estos inconvenientes, el nuevo legislador ha actuado sobre dos aspectos. El primero es reducir el espectro de los delitos a los que deben referirse las declaraciones de colaboración de las que, en presencia de las demás condiciones previstas por la ley, pueden resultar medidas especiales de protección: ya no se trata de los delitos comprendidos en el amplio catálogo descrito por el art. 380, Cód. Proc. Penal (arresto obligatorio en flagrancia), sino de los delitos cometidos con finalidad de terrorismo o de subversión del orden constitucional, o bien aquellos comprendidos por el art. 51, inciso 3 bis del Código de Procedimiento Penal (los llamados "delitos de mafia"; cfr. art. 9º, inc. 2, sustituido por el art. 2º de la ley).

En segundo lugar, el sistema de protección especial¹ ha sido reglamentado mediante dos instrumentos de distinta intensidad —las medidas especiales de protección y el programa especial de protección— que deben adoptarse de acuerdo con los parámetros de gravedad y actualidad del peligro con relación a las características de los actos de colaboración (art. 13, inc. 2, sustituido por el art. 6º de la ley). Estas, además, deben poseer (art. 9º, inc. 3, sustituido por el art. 2º de la ley) carácter de novedad o de integridad, o por otros elementos deben presentarse como de gran importancia para el desarrollo de la investigación o a los fines del juicio, o bien para las diligencias de investigación sobre las connotaciones estructurales, las dotaciones de armas, explosivos o bienes, las articulaciones y vinculaciones internas o internacionales de las organizaciones criminales de tipo mafioso o terrorista-subversivo, o sobre los objetivos, las finalidades o las modalidades operativas de dichas organizaciones (expresión esta última en gran medida copiada por el art. 2º, inc. 3, D.L. 345, del 29 de octubre de 1991, modificado por la ley 410, del 30 de diciembre de 1991, "Disposiciones urgentes para la coordinación de las actividades de información e investigación en la lucha contra la criminalidad organizada").

La diferencia entre ambos instrumentos de tutela reside en el hecho que de las medidas especiales de protección tienen

¹ Puede recurrirse a él cuando resultan inadecuadas las medidas de protección ordinarias adoptadas directamente por las autoridades de seguridad pública o, si se trata de detenidos, por el Departamento de Administración Penitenciaria.

un carácter contingente y provisorio (art. 13, inc. 4, sustituido por el art. 6º de la ley), mientras que el programa especial se comporta como un “verdadero y propio proyecto de vida” para el colaborador de alta consideración y, como tal, expuesto a peligros de mayor gravedad, seriedad y permanencia en el tiempo (art. 13, inc. 5).

§ 25. LA CONFISCACIÓN DE BIENES. — Otra cuestión que surgió durante la aplicación de la ley de 1991 y que también se relaciona con una estrategia más globalizada de represión de las organizaciones criminales fue la relativa a los bienes de los que estas, y sus afiliados, disponen, pero cuya individualización se ve dificultada por diversos obstáculos y han sido escasas las indicaciones de los colaboradores.

Es por estas razones que la nueva ley, derivando del correcto razonamiento según el cual los delitos de mafia tienen por fin, en la mayor parte de los casos, el enriquecimiento, con la consecuencia que el colaborador debe revelar no solamente los primeros, sino también las riquezas mafiosas que han producido, dicta una serie de disposiciones² dirigidas a individualizar, mediante la ayuda del colaborador, los bienes que el sujeto u otros sujetos pertenecientes a grupos criminales disponen directa o indirectamente, y a obtenerlos para el patrimonio del Estado.

§ 26. LA LIBERTAD PERSONAL DE LOS COLABORADORES. — El último punto que resulta oportuno señalar es aquel genéricamente relacionado con el estado de libertad personal del colaborador, argumento que provocó extensos debates en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del decr. ley 8/1991, al observarse que no se consideraba admisible que un sujeto, autor de graves y múltiples delitos, pudiera, en teoría, no cumplir siquiera un día de detención en un instituto penal: esto por la posibilidad de no decretar el pedido de prisión preventiva por falta de exigencias cautelares, o por gozar, sin

² Véase el art. 12, inc. 2, e, sustituido por el art. 5º de la ley 45 de 2001; el art. 16 quater, inc. 1, incorporado por el art. 14 de la ley 45 de 2001, y el art. 24 de la ley 45 de 2001.

límite alguno, una vez ejecutada la condena, de beneficios penitenciarios como la custodia a prueba a cargo del servicio social y la detención domiciliaria.

La nueva ley impone límites más precisos y restringidos. Así, prevé (art. 16 octies, introducido por el art. 14 de la ley) que la orden de prisión preventiva no puede ser revocada o sustituida por otra medida menos gravosa por el solo hecho que el sujeto haya prestado colaboración, sino sólo cuando, como resultado de un determinado procedimiento de averiguación, el juez no haya hallado elementos de los cuales se deduzca la verificación de vinculaciones con la criminalidad mafiosa o terrorista, y se compruebe que el colaborador, sujeto a medidas especiales de protección, ha respetado los compromisos asumidos.

Por cuanto concierne, luego, a los beneficios penitenciarios, se verifica el principio de la separación entre la etapa de rebaja de la pena y la etapa tutelar, superando de esta manera las dificultades interpretativas (que habían ocasionado diferentes decisiones y también intervenciones de la Corte Constitucional) planteadas por el íncipit del art. 13 ter de la ley anteriormente vigente que para la aplicación de las medidas alternativas a la detención hacía referencia a las personas admitidas al programa especial de protección; de donde surge la pregunta: ¿las admitidas anteriormente, pero ya no ahora, o sólo aquellas que actualmente gozan de ese programa?

El art. 16 nones (consagrado a los “beneficios penitenciarios” e introducido por el art. 14 de la ley) que diferencia, como se ha dicho, el aspecto de rebaja de la pena del tutelar, prevé un procedimiento articulado y condiciones precisas para el otorgamiento, al colaborador, de la libertad condicional, permisos especiales, detención domiciliaria y, sobre todo —diversamente que la norma anterior—, establece que las disposiciones que suprimen los máximos de la pena previstos por el ordenamiento penitenciario para gozar de los beneficios, pueden adoptarse sólo si, dentro del plazo previsto por el art. 16 quater, ha sido redactada el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración y, salvo que no se trate de un permiso especial, solamente luego del cumplimiento de por lo menos un cuarto de la pena impuesta, o bien, si se trata de un

condenado a cadena perpetua, luego del cumplimiento de por lo menos diez años de pena.

§ 27. CONCLUSIONES. — Es una ley —de la cual se ha tratado de aclarar los rasgos más novedosos— que arroja luces y sombras sobre el fenómeno de los colaboradores y deja cuestiones abiertas que sólo el tiempo podrá resolver. ¿Aumentarán los colaboradores, por lo menos los de calidad? ¿Se producirá la ruptura de la “ley del silencio” por parte de los testigos? ¿Servirá la nueva reglamentación para dar cumplimiento al principio constitucional del debido proceso? Pero, sobre todo —y es lo que, para nosotros, cuenta realmente—, ¿logrará hacer reabsorber, por una parte de la sociedad al menos, ese “sentimiento de rechazo” que, al ser también alimentado instrumentalmente, surgió hacia un fenómeno que, por su eficacia en la lucha contra el crimen organizado y también por su importancia cuantitativa, es tal que se debe favorecer su comprensión y adhesión por parte de la sociedad?

§ 28. LA UTILIDAD PROCESAL DE LOS COLABORADORES DE LA JUSTICIA. — Pero, precisamente con referencia especial a los principios del debido proceso y a la ley que reglamenta en concreto su cumplimiento, conviene estudiar algunos aspectos procesales referidos a la adquisición, utilización y valoración de las declaraciones de los colaboradores de la justicia a la luz, también, de la nueva ley que regula su régimen de sanciones.

En efecto, el legislador, con la ley 63 del 1/3/2001, en el intento de garantizar la efectividad del debate, como está sancionado por el art. 111 de la Constitución, conjugándola con los principios de no dispersión de los medios de prueba y de razonabilidad, muchas veces recordados por la Corte Constitucional, cuando esta ha decidido cuestiones de constitucionalidad de normas referidas a la utilización de las declaraciones prestadas por el imputado de un delito conexo o vinculado, ha intervenido en el ámbito del derecho al silencio que se les reconoce, reduciéndolo lo más posible, para ampliar, contemporáneamente y en correspondencia, el campo del debate con el fin de permitir que el acusado interrogue a su acusador.

En verdad, de una primera lectura de las nuevas disposiciones introducidas en los arts. 64, 197, 197 bis y 210 del Cód. Proc. Penal, se tiene la impresión de que la intervención en el sentido arriba indicado no ha sido particularmente incisiva, no sólo por la limitada extensión del campo de aplicación de las nuevas normas, sino por su complejidad y también por las dificultades de aplicación en concreto que de seguro implicarán.

El legislador, si hubiera seguido con mayor determinación el camino indicado por la Corte Constitucional, que en la sent. 361 del 2/11/1998 equiparó sustancialmente la posición del imputado de un delito conexo o vinculado que presta declaración *erga alios* con la del testigo, hubiera podido, a la luz también del nuevo art. 111 de la Constitución, garantizar el derecho al silencio únicamente al imputado que se refiere al hecho propio y no al imputado que se refiere a hechos ajenos, quien, por consiguiente, ya no hubiera podido negarse a ser sometido al interrogatorio.

Una intervención más extensa y radical, acorde con los límites, más amplios, establecidos por la Corte Constitucional incluso antes de la modificación del art. 111 de la Constitución, probablemente hubiera podido transformar el debate, de garantía individual del derecho de defensa del imputado en instrumento procesal para la reconstrucción de los hechos y la comprobación de la verdad, como corresponde a un proceso auténticamente acusatorio. Una vez más, se ha perdido, quizás, una buena oportunidad.

No hay que olvidar que los proyectos de leyes constitucionales de reforma al art. 111 de la Constitución fueron presentados al día siguiente del pronunciamiento de la Corte Constitucional, tanto que hubo quien creyó descubrir en esto una respuesta polémica del Parlamento al Juez de las Leyes. Pero la sentencia de la Corte, más allá de la decisión del caso llevado a su examen, lanzó, con mucho coraje, una señal, poniendo sobre la mesa la discusión del tema del derecho al silencio y de sus posibles límites, tema sobre el que ya no podía retrasarse la discusión si se quería dar algún paso serio en dirección a la efectividad del debate de las partes frente al juez, salvaguardando las garantías individuales del derecho de defensa. Por lo tanto, ni polémicas ni críticas. El resquicio abierto por la Corte y el impulso innovador del Parlamento

hubieran podido generar realmente soluciones normativas que hicieran efectiva, además de definitiva, la elección del modelo acusatorio, al que tiene sustancialmente el debido proceso.

A propósito de esto cabe recordar que ya antes de los proyectos de modificación del art. 111 de la Constitución, la misma Comisión Parlamentaria para las reformas constitucionales, frente a la constatación que principios de envergadura constitucional, como el de contradicción, pero que no estaban incluidos en la Constitución, con frecuencia eran sacrificados en homenaje a los principios de razonabilidad y de no dispersión de los medios de prueba, por los jueces de mérito, de legitimidad, y por la misma Corte Constitucional, introdujo en el texto propuesto algunos parámetros en los que debería inspirarse el proceso penal.

En cambio, el camino seguido por el legislador, como se verá más adelante, es el más arduo y ha producido un régimen complejo y muy complicado, de difícil aplicación, sobre todo cuando deben tomarse las declaraciones de los colaboradores de la justicia.

Y en verdad, la exigencia de afrontar la cuestión haciendo referencia específica a las declaraciones de los colaboradores de la justicia en los procesos contra la criminalidad organizada surge de la especificidad de los problemas que trae la obtención de tales declaraciones, sea en cuanto a la efectividad del debate y del ejercicio del derecho de defensa por parte de las personas acusadas por el colaborador, sea respecto de la autenticidad de la propia obtención en la etapa de la investigación preliminar.

Por ello, es necesario verificar en qué relación se pondrán la obtención y el uso de las declaraciones de los colaboradores de la justicia respecto a los principios comprendidos en el concepto de "debido proceso".

Ahora que este está sancionado por la Constitución y su actuación ha sido regulada por la ley 63 del 1/3/2001, es necesario examinar, por una parte, de qué modo se garantiza la efectividad del debate, y por otra, el derecho al silencio, y cómo y en qué medida se evita la dispersión de los medios de prueba.

El artículo 6º de la ley introdujo en el Código de Procedimiento Penal el art. 197 bis, en el cual se indican los casos en los que un sujeto declarante, imputado en un proceso co-

nexo o vinculado, puede asumir el papel de testigo, fijando sus garantías.

El legislador ha creado, con la norma en cuestión, una nueva figura procesal: la del testigo asistido por el defensor, que se agrega a las otras previstas por el Código.

De modo que, el declarante, según el hecho delictivo que relata, asume el rol procesal de indagado-imputado, de indagado-imputado de un delito conexo o vinculado, de testigo asistido o de testigo.

Obviamente, asume el rol de indagado-imputado cuando en el proceso que se le sigue, presta declaración sobre el hecho delictivo cometido por él mismo, solo o en concurso con otros.

Se convierte en indagado-imputado de un delito conexo o vinculado (arts. 210 y 363, Cód. Proc. Penal) cuando se procede o se ha procedido en su contra separadamente por un delito conexo previsto por el art. 12, inc. 1, a, del Cód. Proc. Penal y no puede asumir la función de testigo porque no se le ha dictado todavía sentencia definitiva absolutoria, de condena o de aplicación de la pena prevista por el art. 444 del Cód. Proc. Penal; o bien cuando se procede o se ha procedido en su contra separadamente por un delito conexo previsto por el art. 12, inc. 1, c, del Cód. Proc. Penal, o por un delito vinculado previsto por la norma del art. 371, inc. 2, b, del Cód. Proc. Penal pero no se le ha dado la advertencia prevista por el art. 64, inc. 3, c, del Cód. Proc. Penal (o sea que "si presta declaración sobre hechos que conciernen a la responsabilidad de otros, asumirá, en cuanto a esos hechos la función de testigo, salvo las incompatibilidades previstas por el art. 197 y las garantías del art. 197 bis").

Del mismo modo pasará a ser indagado-imputado de un delito conexo o vinculado cuando informe sobre un delito conexo previsto por el art. 12, inc. 1, c, del Cód. Proc. Penal o vinculado previsto por el art. 371, inc. 2, b, del Cód. Proc. Penal si no ha prestado declaración anteriormente sobre la responsabilidad del imputado. Pero en este segundo caso se le da la advertencia prevista por el art. 64, inc. 3, c, del Cód. Proc. Penal y, si no se vale de la facultad de no responder, asume la función de testigo asistido.

El declarante asume, en cambio, la función de testigo asistido (arts. 197 bis y 362, Cód. Proc. Penal) en un proceso conexo previsto por el art. 12 del Cód. Proc. Penal o de un delito

vinculado previsto por el art. 371, inc. 2, b, del Cód. Proc. Penal cuando se le ha dictado sentencia definitiva de absolución, de condena o de aplicación de la pena prevista por el art. 444 del Cód. Proc. Penal; por los delitos conexos previstos por el art. 12, inc. 1, c, del Cód. Proc. Penal, o vinculados previstos por el art. 371, inc. 2, b, del Cód. Proc. Penal, asume la función de testigo de hechos que conciernen a la responsabilidad de otros si ha recibido la advertencia dispuesta por el art. 64, inc. 3, c, del Cód. Proc. Penal; en ausencia de la cual, efectivamente, sus declaraciones no son utilizables contra los otros y por lo tanto él no podrá asumir la función de testigo. En este último caso, el declarante deberá ser escuchado como imputado de delito conexo, de acuerdo con el art. 210 del Cód. Proc. Penal.

Finalmente, deberá considerarse como persona informada de los hechos o testigo, puro y simple, cuando se refiere a delitos vinculados previstos por el art. 371, inc. 2, c, del Cód. Proc. Penal (si la prueba de varios delitos se deriva, aunque sea en parte, de la misma fuente) o a cualquier otro delito que no sea conexo según el art. 12 del Cód. Proc. Penal ni vinculado según el art. 371, inc. 2, del Cód. Proc. Penal.

Pero cabe advertir que las declaraciones de los colaboradores de la justicia en los procesos de criminalidad organizada se caracterizan, como es sabido, por peculiaridades específicas que las diferencian de las declaraciones prestadas por otros sujetos declarantes en procesos que no son de criminalidad organizada.

La peculiaridad del relato de los colaboradores consiste en el hecho de que sus declaraciones no se refieren a episodios delictivos particulares que conciernen su propia responsabilidad y, eventualmente, la de sus cómplices, sino que se refieren a hechos criminales más o menos extendidos en el tiempo y en el espacio, y que tienen por objeto, en definitiva, los delitos asociativos que involucran decenas o más bien centenares de personas y, además, centenares de hechos delictivos más o menos graves concernientes a la responsabilidad de los mismos colaboradores y de otras personas, y con frecuencia, solamente de otras personas.

Una dificultad objetiva en el momento de obtener dichas declaraciones es, por lo tanto, la de separar, en el relato del colaborador, el "hecho propio" del "hecho ajeno" y del "hecho

propio" cometido en concurso con otros. De ello deriva, en concreto, la imposibilidad de distinguir o de modificar en el transcurso de su misma producción el tipo de acto procesal, garantizado o no, a utilizar; por esto, hasta ahora, normalmente las declaraciones se obtienen, todas, en un único contexto garantizado mediante el interrogatorio del indagado en proceso conexo o vinculado.

Por eso la experiencia permite afirmar que en los procesos contra la criminalidad organizada de tipo mafioso el colaborador es escuchado, casi siempre, de acuerdo con la etapa procesal, como indagado-imputado o como indagado-imputado en proceso conexo o vinculado; muy raramente como persona informada sobre los hechos-testigo.

En la etapa del juicio, el colaborador asume, por lo tanto, la función de imputado o de imputado en proceso conexo o vinculado, según que haya declarado, sobre el hecho propio o el hecho ajeno, en el mismo proceso o en otro diverso.

De todos modos, hasta ahora la función procesal asumida por el colaborador con mayor frecuencia ha sido la indicada en el art. 210 del Cód. Proc. Penal, o sea la de imputado en proceso conexo o vinculado.

En virtud de las modificaciones normativas arriba indicadas, ahora el colaborador podrá asumir, en el ámbito del mismo acto de investigación, según si el hecho declarado concierne a su propia responsabilidad o la de otros, alternativamente el rol de imputado en delito conexo o vinculado, de testigo asistido o de testigo.

Es obvio que al declarante, de acuerdo con el rol que cumpla, deberá garantizársele el derecho al silencio, que será pleno en el caso que sea escuchado como imputado o como imputado de delito conexo o vinculado, por lo que podrá valerse, en ambos casos, de la facultad de no responder; será limitado en el caso que declare como testigo asistido sobre hechos por los cuales él mismo ya ha sido condenado si en el proceso en su contra había negado su responsabilidad o no había prestado declaración (art. 197 bis, inc. 4, Cód. Proc. Penal), o sobre hechos que conciernen su propia responsabilidad en cuanto al delito que se juzga o se ha juzgado por separado en su contra (art. 197 bis, inc. 4, Cód. Proc. Penal); será excluido cuando sea escuchado como testigo.

También se graduará diversamente la utilización de las declaraciones en el debate, y, de acuerdo con el rol asumido por el colaborador, se aplicarán los arts. 500, 503 o 513 del Cód. Proc. Penal, tal como han sido modificados por la ley 63 del 1/3/2001. Esta ley, en homenaje al principio de no dispersión de los medios de prueba, tiene prevista, también, una excepción a la regla del contradictorio, teniendo en cuenta que puede suceder, especialmente en los procesos contra la criminalidad organizada, que el debate no pueda realizarse como consecuencia de conductas ilícitas dirigidas a impedir que el declarante exponga, o bien a hacerle declarar en falso.

En efecto, en la nueva redacción del art. 500 del Cód. Proc. Penal, introducida por el art. 16 de la ley cit., el inc. 4 establece que “cuando, también por las circunstancias que surjan del debate, haya elementos concretos para considerar que el testigo ha sido sometido a violencia, amenaza, ofrecimiento o promesa de dinero o de otro provecho, con el fin que no declare o que declare el falso, las declaraciones contenidas en el cuaderno del ministerio público prestadas precedentemente por el testigo se incorporarán al cuaderno para el debate y aquellas previstas por el inciso 3º podrán ser utilizadas”. La misma disposición se aplica a la lectura de las declaraciones prestadas por el imputado durante el transcurso de la indagatoria preliminar o en la audiencia preliminar cuando estas se refieren a la responsabilidad de otros. En efecto, el art. 18 de la ley cit. ha modificado el inciso 1 del art. 513 del Cód. Proc. Penal en cuanto a que las declaraciones arriba indicadas pueden ser utilizadas en contra de otras personas, sin su consentimiento, si concurren los presupuestos previstos por el art. 500, inc. 4 del Cód. Proc. Penal.

La disposición del art. 500 del Cód. Proc. Penal, así modificada, se aplica también a los imputados de delito conexo o vinculado. En efecto, el art. 8 de la ley cit. ha modificado el inc. 5 del art. 210 del Cód. Proc. Penal en cuanto a que a la indagatoria del imputado de delito conexo o vinculado se aplican, entre otras, las reglas del art. 500 del Cód. Proc. Penal y no las del art. 503 del Cód. Proc. Penal, como estaba previsto anteriormente.

Pero cabe señalar que la nueva ley sobre los colaboradores de la justicia establece, en el art. 16 quater, que estos, dentro de los 180 días de manifestar su voluntad de colaborar, deben

prestar declaración ante el Procurador de la República sobre todos los datos de que dispongan, útiles a la reconstrucción de los hechos, a la identificación de los autores como también a la individualización, al secuestro y a la confiscación de los bienes que dispongan estos u otras personas pertenecientes al mismo grupo criminal. Ahora bien, las declaraciones mencionadas prestadas al ministerio público o a la policía judicial luego del término de 180 días no pueden valorarse como prueba de los hechos afirmados en ellas contra personas diferentes al declarante, salvo los casos de imposibilidad de repetir el acto. Como así también, según el art. 13, incs. 14 y 15 de la misma ley, si el colaborador de la justicia detenido, durante la redacción del acta de la declaración o del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, se ha encontrado con otros colaboradores de la justicia, o por cualquier motivo se ha visto comprometida la autenticidad de sus declaraciones, o bien ha mantenido correspondencia por carta, telegráfica o telefónica, o ha sido sometido a interrogatorios, sus declaraciones prestadas al ministerio público o a la policía judicial luego de la violación de la prohibición no pueden ser utilizadas en el debate, salvo los casos de imposibilidad de repetir el acto.

En los casos arriba indicados es necesario, por lo tanto, que el colaborador reitere sus declaraciones, prestadas al ministerio público o a la policía judicial, que involucren la responsabilidad de otros imputados, directamente ante el juez, a menos que esas resulten imposibles de repetir. En este caso, el juez, a pedido de parte, podrá disponer la lectura de acuerdo con el art. 512 del Cód. Proc. Penal.

§ 29. LA DOCUMENTACIÓN DE LA COLABORACIÓN. — La ley 45 del 13/2/2001, que originó modificaciones en materia de protección y del régimen de sanciones de quienes colaboran con la justicia, como también disposiciones a favor de las personas que prestan testimonio, en el art. 14 introdujo el art. 16 quater de la ley 82/91, el que establece, a los fines de la concesión de las medidas especiales de protección, así como también para la concesión de atenuantes de la colaboración y de los beneficios penitenciarios, que “la persona que ha manifestado la voluntad de colaborar debe declarar, dentro de los 180 días desde dicha manifestación de voluntad, todos los

datos que tenga en su poder, útiles para la reconstrucción de los hechos y de las circunstancias sobre los que es interrogado, como también los demás hechos de mayor gravedad y alarma social de los que tenga conocimiento, y para la individualización y la captura de sus autores y también las informaciones necesarias para que pueda procederse a la individualización, al secuestro y a la confiscación del dinero, de los bienes y de todo otro provecho de los cuales ella misma o, con referencia a datos de su conocimiento, otras personas pertenecientes a grupos criminales dispongan directa o indirectamente". La norma establece, también, que las declaraciones antedichas deben ser documentadas en un acta denominada "acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración", redactada con las modalidades previstas por el art. 141 bis del Cód. Proc. Penal.

Ahora bien, ya que no parece posible que pueda negarse a dicha acta la naturaleza de acto procesal de investigación³, este deberá redactarse en la forma requerida por la función procesal asumida por el declarante, por lo tanto en la forma de interrogatorio o en la de adquisición de declaración prestada por persona informada de los hechos. Sin embargo, por la peculiaridad de las declaraciones de los colaboradores ya explicada y también por lo establecido por la norma citada, dichas declaraciones pueden referirse a numerosos hechos delictivos, concernientes no sólo a la responsabilidad del declarante sino también a la de otras personas.

Entonces, si no se quiere incurrir en la sanción de imposibilidad de utilizar, o cristalizar la función procesal del declarante, es necesario articular la forma del acta ilustrativa de manera tal que esta, justamente por la forma atribuida, pueda asegurar al declarante, y también a otras personas que eventualmente él llame en causa, todas las garantías previstas por el Código para ejercitar el derecho de defensa, para consentir la efectividad del debate frente al juez, para evitar la dispersión de los medios de prueba.

³ Esto se deduce del art. 12, b, de la ley 82/91, que lo señala sustancialmente como acto de investigación, como también de la modalidad de redacción, de la inserción en el cuaderno previsto por el art. 416, inc. 2, del Cód. Proc. Penal, a pedido de parte, en el acta del debate de acuerdo con el art. 16 sexies, inc. 1.

En suma, debería imaginarse un acto de forma compleja que comprenda el interrogatorio del indagado, el interrogatorio del indagado por delito conexo o vinculado y la obtención de información revelada por una persona informada sobre los hechos, asistida por el defensor. El acta, por lo tanto, debería contener todas las advertencias sobre las garantías y obligaciones previstas por el art. 64, inc. 3, a, b y c, del Cód. Proc. Penal para el indagado; por los arts. 210 y 363 del Cód. Proc. Penal para el indagado por delito conexo o vinculado; por los arts. 197 bis y 198 del Cód. Proc. Penal para la persona informada sobre los hechos. El declarante, de todas maneras, debe ser asistido, en los tres casos, por el defensor, quien puede estar presente, aun sin tener el derecho de asistirlo, también cuando el declarante refiere hechos respecto a los que asume el papel de persona informada sobre los hechos, pura y simplemente.

§ 30. EL COLABORADOR, ¿TESTIGO O IMPUTADO? — El artículo 197 bis del Cód. Proc. Penal, introducido por el art. 6º de la ley 63 del 1/3/2001, prevé, como garantía del derecho al silencio reconocido al imputado, que las declaraciones prestadas por testigos asistidos por defensor no pueden ser utilizadas contra la persona que las ha manifestado, en el proceso en su contra, en el proceso de revisión de sentencia condenatoria y en cualquier otro juicio civil o administrativo relativo al hecho objeto de dichos procesos y sentencias.

Con referencia específica al juicio de revisión, cabe plantear algunas consideraciones en cuanto a las declaraciones prestadas por el colaborador de la justicia cuando este asume el papel de testigo asistido.

Ciertamente, en virtud del art. 16 septies de la ley sobre los colaboradores de la justicia, el Procurador General puede pedir la revisión de la sentencia de condena del colaborador cuando a este le hayan sido concedidas las atenuantes por la colaboración relativa a los delitos previstos por el art. 9º, inc. 2 de la misma ley, como consecuencia de declaraciones falsas o reticentes. Si el pedido de revisión es acogido, el juez reforma *in peius* la sentencia de condena y determina la nueva extensión de la pena. Durante el transcurso del jui-

cio de revisión, el juez, a pedido del ministerio público, puede disponer la aplicación de medidas cautelares.

Con estas disposiciones, el legislador, con el objeto de desalentar las colaboraciones falsas y desleales, ha previsto algunas sanciones de carácter procesal y sustancial para el colaborador que haya obtenido las atenuantes de la colaboración como consecuencia de declaraciones falsas o reticentes. Se trata de disposiciones que copian, sustancialmente, con una mayor precisión en los detalles, la establecida por el art. 8, incs. 3, 4, 5 y 6 del decr. ley 152/91, ahora abrogados expresamente por el art. 23 de la nueva ley sobre los colaboradores de la justicia. El instituto de la revisión *in peius*, de todas maneras, no era nuevo en el sistema procesal penal, dado que también el art. 8 del decr. ley 152/91 reproducía la disposición contenida en el art. 10 de la ley 304 del 29/5/1982 para los terroristas arrepentidos.

De todos modos, la norma plantea una serie de interrogantes a los que se deberá tratar de dar una respuesta. Y, por cierto, cabe preguntarse si las declaraciones falsas o reticentes deberían referirse exclusivamente a los delitos por los que el colaborador ha sido condenado o pueden referirse a otros delitos atribuidos a otros imputados en el mismo proceso o en un proceso diferente. Y además, si la falsedad o la reticencia deberían resultar de otro proceso cualquiera, incluso contra otros imputados, o de un proceso en el cual el colaborador también sea imputado; también, si deberían acreditarse mediante una sentencia definitiva o basta que resulten de una resolución del juez.

Arriesgando una respuesta a las cuestiones formuladas, en consonancia con los principios generales del sistema procesal penal vigente, se entiende que la falsedad o reticencia de las declaraciones del colaborador deben ser acreditadas mediante una sentencia definitiva. Esta interpretación está sustentada, aunque indirectamente, en el mismo Código de Procedimiento Penal. En efecto, el art. 16 septies citado, en el inc. 4, establece que "en el juicio de revisión se observan, en cuanto sean aplicables, las disposiciones del título IV del libro IX del Código de Procedimiento Penal". Y en verdad, aunque la revisión prevista por la norma en cuestión sea diversa a la contenida en los arts. 629 y ss. del Cód. Proc. Penal, al tratarse sustancialmente de una revisión *in peius*, puede entonces

asimilarse, en cuanto a la causa que le da lugar, a la prevista por el art. 630, d, del Cód. Proc. Penal para el caso en el que la condena haya sido emitida como consecuencia de la falsedad en actas o en juicio, o de otro hecho previsto por la ley como delito. Por consiguiente, cabe observar, pudiendo considerarse perfectamente aplicable, la disposición del art. 633, inc. 3, del Cód. Proc. Penal, según la cual, en el caso previsto por el art. 630, inc. 1, d, del Cód. Proc. Penal, al pedido de revisión debe acompañarse una copia autenticada de la sentencia definitiva de condena por el delito allí indicado. En el caso en estudio, al requerimiento de revisión debería adjuntarse, por lo tanto, una copia autenticada de la sentencia definitiva de la cual resulta la falsedad o reticencia de las declaraciones del colaborador. Como puede verse, entonces, la respuesta a aquellas cuestiones no es de escasa importancia.

Pero podrá darse que la revisión sea requerida sobre la base de la falsedad o reticencia de las declaraciones prestadas por el colaborador verificadas mediante una sentencia definitiva que define el proceso en el ámbito del cual el colaborador declaró como testigo asistido por el defensor. Sin embargo, estas declaraciones, utilizables sustancialmente para el pedido de revisión, si sirvieron de fundamento a la misma sentencia definitiva, no podrán ser usadas en el proceso de revisión contra el colaborador, por la prohibición impuesta por el art. 197 bis, inc. 5, del Cód. Proc. Penal.

Las declaraciones mencionadas, en cambio, podrán ser usadas solamente para la revocación de las medidas de protección adoptadas a favor del colaborador.

§ 31. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA COLABORACIÓN. — El artículo 16 quinqués de la ley sobre los colaboradores de la justicia establece que “las circunstancias atenuantes que el Código Penal y las disposiciones especiales prevén en materia de colaboración, con relación a los delitos previstos por el art. 9º, inciso 2, pueden ser concedidas solamente a aquellos que, dentro del plazo previsto por el inciso 1 del art. 16 quater (180 días) desde la manifestación de la voluntad de colaborar, hayan suscrito el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración prevista por el mismo art. 16 quater”. El juez, antes de conceder las atenuantes, debe verificar, aun de oficio,

que se haya producido la redacción del acta. Sin embargo, si la colaboración se manifiesta durante el debate, el juez puede conceder las atenuantes aun si falta el acta, manteniendo la necesidad de que venga redactada en el plazo prescripto a los fines previstos por los arts. 16 quater y 16 nonies, es decir para la adopción de medidas de protección y para la concesión de los beneficios penitenciarios. En este último caso, se plantea el problema de si la concesión de las atenuantes puede ser revocada mediante la sentencia de apelación por el solo hecho de que el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración no haya sido redactada dentro del plazo previsto. Deberíamos inclinarnos por la tesis afirmativa en el caso que la falta de redacción del acta dependa exclusivamente del sujeto y de la interrupción de su colaboración, siempre, obviamente, que exista impugnación por parte del ministerio público en este punto.

Del mismo modo, el art. 16 nonies, inc. 4, prevé que "las medidas (de concesión de beneficios penitenciarios) que derogan los límites de la pena pueden ser adoptadas sólo si, dentro del plazo prescripto por el art. 16 quater (180 días), ha sido redactada el acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración prevista por el mismo art. 16 quater".

Las dos normas citadas contienen, entonces, grandes innovaciones en el sistema de sanciones de los colaboradores de la justicia. En efecto, antes de que entrara en vigencia la nueva ley, las atenuantes de la colaboración podían ser concedidas al colaborador con relación a la colaboración prestada en un proceso particular y para los delitos objeto de ese proceso. Tanto es así que ocurría con frecuencia que un colaborador obtenía la atenuante del art. 8º del decr. ley 152/91 (colaboración en los llamados delitos de mafia) en un proceso y no la obtenía en otro. Por el contrario, ahora la concesión de las atenuantes está subordinada no solo a la colaboración prestada en el proceso y para los delitos juzgados en él, sino también a la integridad de la colaboración, verificada por el juez, incluso de oficio.

En verdad, en este punto la ley no aclara si la comprobación del juez debe producirse mediante la elaboración del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración o con una simple constancia de la secretaría del ministerio público, o bien de cualquier otro modo. Desde luego, debe excluirse

la primera hipótesis, en cuanto la elaboración completa del acta revelaría el contenido de la colaboración en perjuicio de la investigación todavía en curso; en todo caso, el juez podría elaborar el acta limitándose a las partes que conciernen a la responsabilidad de los imputados en el proceso, al igual que sucede, a pedido de parte, cuando debe procederse al interrogatorio o al examen del colaborador en los casos previstos por el art. 16 sexies. Probablemente la solución más razonable es la de la constancia de la secretaría del ministerio público, siempre que no dé prueba de ello al juez el mismo ministerio público que representa la acusación en el proceso.

En suma, el legislador ha previsto que el juez puede conceder las atenuantes de la colaboración sólo cuando el colaborador ha referido todos los datos previstos por el art. 16 quater, inc. 1, sobre todos los hechos que él conoce y ha indicado los bienes que se encuentran a su disposición o a la de otros miembros de la misma organización criminal.

Entonces, la integridad de la colaboración es condición para conceder las atenuantes, así como es presupuesto para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios que exceptúan del cumplimiento de los términos de pena previstos por el ordenamiento penitenciario.

§ 32. LA ACTIVIDAD DE LA DEFENSA FRENTE AL COLABORADOR. — No hay dudas de que del principio de la igualdad de las partes, delante de un juez tercero e imparcial, previsto por el nuevo texto del art. 111 de la Constitución, deriva una protección constitucional de las investigaciones de la defensa y de su utilización en las mismas condiciones que las del ministerio público.

Como interviene la ley 397, del 7/12/2000, que dicta disposiciones en materia de investigaciones de la defensa, es oportuno verificar si las nuevas disposiciones son idóneas para garantizar el respeto del principio de la igualdad de las partes, también con especial referencia a las declaraciones prestadas por el colaborador de la justicia.

La ley en cuestión introduce en el Código de Procedimiento Penal una serie de artículos, entre los cuales están los arts. 391 bis y ter del Cód. Proc. Penal, que conciernen, el primero, a las declaraciones prestadas al defensor de otro imputado, en

el desempeño de su actividad de investigación defensiva, por parte de personas capaces de relatar circunstancias útiles para esa actividad mediante la entrevista, la declaración escrita o bien la adquisición de informaciones, y el segundo, a la documentación de la actividad de investigación desarrollada.

Por lo tanto, en virtud de la primera norma, el defensor puede reunirse con las personas indicadas, obteniendo, en este caso, los datos a través de una entrevista no documentada. El defensor puede pedir, también, a dichas personas una declaración escrita en la cual se refieran los datos relativos a las circunstancias conocidas; finalmente, puede pedirles informaciones que se documentarán según las modalidades previstas por el art. 391 ter del Cód. Proc. Penal. Obviamente, según los casos, dichas personas revisten en el proceso la calidad de coimputados o de imputados de delito conexo o vinculado, o bien de testigos asistidos o simples testigos.

Si la persona es sometida a indagatoria o imputada en el mismo proceso, en un proceso conexo o por un delito vinculado, debe darse aviso, por lo menos veinticuatro horas antes, a su defensor, cuya presencia es necesaria.

Con este propósito, se considera que la disposición es válida también en el caso en que la persona asuma la calidad de testigo asistido, ahora prevista por el art. 197 bis del Cód. Proc. Penal, introducido por la ley 63 del 1/3/2001, que contiene normas de cumplimiento del debido proceso, por lo tanto luego de la entrada en vigor de la ley 397 del 7/12/2000 sobre las investigaciones de la defensa.

Si la persona que debe ser escuchada está detenida, el defensor debe disponer de una autorización especial del juez del proceso que se le sigue a aquella, oídos su defensor y el ministerio público.

Según el art. 391 bis, inc. 10 del Cód. Proc. Penal, cuando la persona que debe ser escuchada ejerce la facultad de no responder (art. 391 bis, inc. 3, d, Cód. Proc. Penal), el ministerio público, a pedido del defensor, dispone la audición dentro de los siete días del pedido. La disposición no se aplica, sin embargo, a las personas sometidas a indagatoria o imputadas en el mismo proceso ni a las personas sometidas a indagatoria o imputadas en otro proceso en los casos previstos por el art. 210 del Cód. Proc. Penal.

También en este caso se plantea el problema del testigo asistido, previsto por el art. 197 bis del Cód. Proc. Penal, cuya posición no está contemplada, ni podía estarlo, por el art. 391 bis, inc. 10 del Cód. Proc. Penal.

En este punto, se considera que si la persona capaz de referir circunstancias útiles a los fines de la actividad de investigación ya ha revestido, en el proceso en el cual debe ser oída por el defensor, el papel de testigo asistido, en cuanto ya el ministerio público le ha dado el aviso previsto por el art. 64, inc. 3, c, del Cód. Proc. Penal y ella no se ha valido de la facultad de no responder, a la misma le deberán ser aseguradas de todas maneras las garantías previstas por el art. 197 bis, incs. 4 y 5, del Cód. Proc. Penal. Del mismo modo, cuando dicha persona ejerce la facultad de no responder o de no prestar la declaración prevista por el art. 391, inc. 3, d, del Cód. Proc. Penal, y el ministerio público, a pedido del defensor, dispone una audiencia dentro de los siete días del mismo pedido, en nuestra opinión, deberán asegurarse al testigo asistido, en el curso de dicha audiencia, las garantías previstas por el art. 197 bis, incs. 4 y 5, del Cód. Proc. Penal, que establecen:

Inciso 4: "En el caso previsto por el inciso 1 el testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos por los cuales ha sido dictada en juicio sentencia condenatoria en su contra, si en el proceso él había negado su propia responsabilidad o bien no había prestado ninguna declaración. En el caso previsto por el inciso 2 el testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos que conciernen su propia responsabilidad en orden al delito por el que se procede o se ha procedido en su contra".

Inciso 5: "En todos los casos las declaraciones prestadas por los sujetos mencionados en este artículo no pueden ser utilizadas contra la persona que las ha prestado en el proceso en su contra, en el proceso de revisión de la sentencia de condena y en cualquier juicio civil o administrativo relativo al hecho objeto de los procesos y de las sentencias antedichas".

En lo que respecta, luego, a la concreta aplicación del principio de contradicción de las partes, el art. 391 decies, inc. 1, del Cód. Proc. Penal, al establecer normas para el uso de la documentación de las investigaciones de la defensa, determina que "Las partes pueden servirse de las declaraciones

incorporadas al cuaderno de la defensa de acuerdo con los artículos 500, 512 y 513". Hasta aquí, en una primera lectura, las normas examinadas parecerían garantizar el principio de la igualdad de las partes, requerido por el debido proceso.

Como el art. 391 bis del Cód. Proc. Penal no prevé una excepción específica, salvo en cuanto a lo que aclararemos más adelante, parecería que sus disposiciones podrían aplicarse también a las personas que colaboran con la justicia, las cuales, de esta manera, aunque estén detenidas o vivan en un domicilio protegido, podrán ser escuchadas por los defensores de los imputados, en su actividad de investigación, obviamente en la forma y con las modalidades prescriptas por el art. 391 ter del Cód. Proc. Penal.

Cabe, sin embargo, plantear el problema de la aplicabilidad del citado art. 391 bis del Cód. Proc. Penal en el caso que el defensor quiera tener una entrevista con el colaborador de la justicia detenido o quiera obtener de él una declaración escrita u ciertas informaciones, y el colaborador esté procediendo a la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, o bien, habiendo ya sido sometido a las medidas especiales de protección por la Comisión Central, haya asumido los compromisos previstos por el art. 12, inc. 2, d, de la ley 82/91, modificado por el art. 5º de la ley 45/01, es decir de no prestar, a sujetos distintos de la autoridad judicial, de las fuerzas de policía o del propio defensor, declaraciones concernientes a hechos que puedan ser de algún interés para los procesos en los que hayan prestado o estén prestando su colaboración. La misma norma, en el apart. b, tampoco impone al colaborador que se someta a actos de investigación de la defensa, limitando, en cambio, sus obligaciones a interrogatorios, a examen o a otro acto de investigación, entre los que se comprende el que prevé la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración. Y es significativo el hecho de que, entre los actos mencionados, la ley 45/01, que sin embargo es posterior a la que regula las investigaciones de la defensa, no haya incluido las investigaciones previstas por el art. 391 bis del Cód. Proc. Penal.

En el primer caso, cabe, en particular, preguntarse si el colaborador de la justicia detenido puede mantener entrevistas con el defensor de otro imputado, prestarle declaraciones escritas o darle informaciones sobre circunstancias que él conoce,

durante la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, sin que incurra en la sanción de imposibilidad de utilizar sus declaraciones prestadas al ministerio público o a la policía judicial con posterioridad al encuentro con dicho defensor, al igual que lo que sucede, de acuerdo con el art. 13, inc. 4, de la ley 82/91, reemplazado por el art. 6º de la ley 45/01, en el caso que el colaborador sea sometido a las entrevistas de investigación previstas por el art. 18 bis del ordenamiento penitenciario.

En el segundo caso, se observa que, desde que el colaborador de la justicia asume las obligaciones contenidas en el art. 12, inc. 2, b y d, de la ley 82/91, modificado por el art. 5º de la ley 45/01, teniendo en cuenta la prescripción normativa que contiene, resultaría completamente prohibida al defensor la actividad de investigación prevista por el art. 391 bis del Cód. Proc. Penal.

Sin embargo, una interpretación tan rigurosa de la norma, inducida seguramente por la falta de coordinación de las disposiciones antes citadas, parecería entrar en conflicto con el principio de la igualdad de las partes y con el mismo derecho de defensa.

Es deseable, por lo tanto, una intervención del legislador tendiente a armonizar el complejo de normas que regulan esta delicada materia, coordinando, especialmente, el precepto referido a las obligaciones impuestas al colaborador de la justicia con las disposiciones sobre las investigaciones de la defensa.

En realidad, tendría más sentido, como sucede con las entrevistas de investigación del Procurador Nacional Antimafia y de los Servicios de la Policía Judicial, impedir expresamente al defensor, que desarrolla tareas de investigación por cuenta de otro imputado, que someta al colaborador de la justicia a entrevistas, que le pida declaraciones escritas o que obtenga informaciones durante la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración. También sería más coherente con los principios del "debido proceso" obligar al colaborador de la justicia, mediante una norma especial incluida en el mismo art. 12, inc. 2, b, citado, a someterse, luego de la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, también a las investigaciones de la defensa previstas por el art. 391 bis del Cód. Proc. Penal.

CAPÍTULO VI

OPERACIONES ENCUBIERTAS Y ENTREGAS CONTROLADAS*

§ 33. ASPECTOS DISTINTIVOS DE LA MODERNA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. — La criminalidad organizada ha asumido, ya desde hace tiempo y en continua progresión, nuevas características, ya sea por los mercados ilícitos que maneja, por los instrumentos que utiliza y, también, por la estructura que ha alcanzado.

Los mercados se han ampliado desmesuradamente. Si estos, hace algunos decenios, estaban concentrados (nos referimos a las mafias italianas, especialmente la *Cosa Nostra* siciliana) en la agricultura y luego en la construcción edilicia y la consiguiente explotación económica de los bienes inmuebles, con el transcurso del tiempo han ampliado sus dimensiones, diversificándose en una pluralidad de sectores.

A los inmuebles se han agregado los bienes muebles, transferibles de un país “productor” a uno “consumidor” y la cadena se ha ido formando con varios eslabones compuestos por tabaco de contrabando, sustancias estupefacientes, armas, residuos tóxicos o nocivos producidos por las grandes industrias, dinero de proveniencia ilícita para lavar e invertir.

Luego, en los últimos tiempos, los mismos seres humanos, también considerados como “cosas muebles”, se han convertido en un provechoso mercado para las organizaciones criminales que manejan redes de inmigración clandestina, utilizadas con fines de prostitución o de explotación laboral, aprovechando las condiciones de precariedad en la que viven numerosas po-

* Por PIERO L. VIGNA.

blaciones a causa de la pobreza, el subdesarrollo, los conflictos étnico-religiosos o tribales.

Como si esto no bastara, y como si la inventiva de la criminalidad no tuviera límites, se sospecha, sobre la base de elementos cada vez más concretos, que los mismos recién nacidos o, inclusive, los órganos de jóvenes hombres y mujeres pueden alimentar el comercio y la riqueza de las mafias extendidas y activas en varias partes del mundo.

Las novedades del mundo del crimen se refieren también a los instrumentos de los que puede valerse. No nos referimos solamente a los más veloces medios de transferencia de los bienes ilícitos comerciados, también favorecidos, en algunas áreas, por el derrumbe de las fronteras y las continuas innovaciones tecnológicas en el campo de las comunicaciones que provocaron que los medios de lucha del Estado en este sector hayan registrado un notable desfase, sino sobre todo a las dimensiones globales de los mercados financieros y al ingreso, también en este sector, de medios tecnológicos aparentemente libres de controles eficaces.

La ampliación de los mercados ilícitos, la movilidad de los "bienes" que son su objeto, con la consiguiente necesidad de su transporte de un Estado a otro, la globalización de los mercados financieros, indispensable para que los grupos criminales hagan producir sus exorbitantes ganancias, las tecnologías utilizables en este y otros sectores han incidido visiblemente en la estructura de los grupos criminales. Estos han asumido una dimensión transnacional cuyo dato característico puede reconocerse en el hecho que grupos criminales de diversas etnias o naciones colaboran eficazmente entre ellos, con la consecuencia que cada estructura particular obtiene un "valor agregado", en términos de potencialidad criminal, de la sinergia que instaaura con los otros grupos.

Esto se manifiesta no sólo a través de las distintas investigaciones que se realizan cada vez más sobre grupos pluriétnicos o plurinacionales o que siguen los recorridos de los mercados ilícitos en los territorios de varios países, sino que responde además a criterios de tipo lógico: el desplazamiento de bienes ilícitos desde el Estado de producción (o de reunión, si se trata de personas) al de utilización, con el cruce del territorio de Estados-puente, no sería ciertamente imaginable

OPERACIONES ENCUBIERTAS Y ENTREGAS CONTROLADAS

si se prescindiera de la ayuda de grupos criminales que operan en los distintos países.

Lo mismo ocurre con las inversiones: el dinero “sucio” se produce en un Estado, pero luego, cada vez con mayor frecuencia, es lavado con complicidad internacional e invertido en un Estado distinto, preferentemente en aquellos que, a pesar de la activa labor del GAFI, todavía se muestran insensibles a la transparencia y a la cooperación.

También las organizaciones criminales para las que el control del territorio constituía un patrimonio genético —como la *Cosa Nostra* siciliana y la *'Ndrangheta* calabresa— se están articulando cada vez más como “redes”, según el esquema estructural impuesto por los nuevos mercados y por las nuevas oportunidades ofrecidas por la globalización de los sistemas financieros y económicos.

§ 34. LA LEGISLACIÓN ITALIANA EN OPERACIONES ENCUBIERTAS Y BAJO CONTROL. — El ordenamiento italiano, con el fin de hacer más ágil y productiva la actividad de lucha contra la criminalidad que, como hemos visto, privilegia los mercados ilícitos que tienen por objeto “bienes muebles” y se manifiesta en estructuras transnacionales, ha previsto formas especiales de investigación que permitan que los organismos especializados se infiltren en los circuitos criminales.

Estas técnicas de investigación especiales consisten en las llamadas “operaciones encubiertas” y en las denominadas “operaciones controladas” o “supervisadas”.

Las primeras tienen la finalidad de permitir que el personal especializado de las fuerzas de policía se “infiltre” en los circuitos ilícitos y de eximirse de la pena por los delitos cometidos “simuladamente” para lograr descubrir las distintas ramificaciones de la organización criminal.

Las segundas, en cambio, permiten que las fuerzas de policía empeñadas en investigaciones específicas difieran en el tiempo, o incluso omitan, eximiéndose también aquí de la pena, el cumplimiento de actos de su competencia (como el secuestro, la captura, la detención) cuando dichos actos, por más que sean “debidos”, resultasen intempestivos o inoportunos para el cumplimiento de las investigaciones pues no permitirían su completo desarrollo.

Entre los dos institutos, el de las operaciones encubiertas y el de las consignas controladas, puede existir una estrecha conexión y, en muchos casos, las consignas bajo supervisión se presentan como una fase de investigación de las operaciones encubiertas.

Se trata de operaciones que requieren una profesionalidad particular de los órganos de policía actuantes y que se caracterizan por una delicadeza especial, porque implican la exención de pena por hechos que, de por sí, constituyen delitos. Por estas razones, las normas que regulan esta materia establecen que tanto la autoridad judicial como las autoridades centrales de la policía deben vigilar continuamente la corrección de las operaciones.

Luego de este prólogo de carácter general, podemos indicar las características principales de las operaciones encubiertas previstas por la legislación italiana.

a) *LA COMPRA SIMULADA DE DROGA*: El artículo 97 del decreto 309 del Presidente de la República, del 9/10/90, establece que con el objeto de adquirir medios de prueba con relación a los delitos en materia de estupefacientes y en cumplimiento de operaciones en contra del crimen dispuestas específicamente por las autoridades centrales de policía, personal especializado de las fuerzas de policía puede infiltrarse clandestinamente en el circuito ilícito y comprar droga simuladamente sin incurrir en sanciones penales.

La causa especial de no punibilidad prevista por el art. 97 del decr. 309/90 opera sólo si la compra simulada de droga se produce:

- 1) con el fin de adquirir medios de prueba (preferentemente sólo si son importantes) referidos a delitos de droga;
- 2) en cumplimiento de operaciones en contra del crimen dispuestas específicamente:

- por la Dirección Central de Servicios Antidroga, o
- en colaboración con dicha Dirección, por el Jefe de Policía, por el comandante provincial de Carabineros o del grupo de la Guardia de Finanzas, por el Comandante del Núcleo de Policía Tributaria o por el Director de la Dirección de Investigaciones Antimafia;

3) por obra de oficiales de la policía judicial asignados a las unidades especiales antidroga.

La compra de sustancias estupefacientes debe informarse inmediatamente a la DCSA y a la autoridad judicial (ministerio público). Este último, a pedido de las fuerzas de policía intervinientes, puede, mediante un decreto fundado, diferir el secuestro de la droga comprada simuladamente hasta la conclusión de las investigaciones. Si no acepta el pedido, la autoridad judicial debe disponer ella misma el secuestro.

Como hemos señalado, tanto la compra simulada de droga como la postergación de su secuestro tienen por objeto individualizar la "red" del tráfico de estupefacientes, y las normas que las prevén convierten en no punibles, justificándolos con referencia al fin perseguido, hechos que de otro modo serían sancionados como delitos.

b) *EL LAVADO SIMULADO Y LA SIMULADA RECEPCIÓN DE ARMAS:* Los casos en cuestión, previstos en el art. 12 quater, decr. ley 306, del 8/6/92, conv., con modif., en la ley 356, del 7/8/92, representan una extensión aplicativa de las operaciones encubiertas previstas en el tema de la compra simulada de droga.

La normativa prevé, en particular:

1) con el fin exclusivo de adquirir medios de prueba (sólo si son relevantes, preferiblemente) con relación a delitos de lavado (art. 648, Cód. Penal) y de empleo de dinero, bienes o utilidades de proveniencia ilícita (art. 648 ter, Cód. Penal) o también a delitos relacionados con armas, municiones y explosivos, los oficiales de la policía judicial asignados a servicios u organismos especializados pueden:

- sustituir (lavar), en forma simulada, el dinero y otras utilidades provenientes de delitos no culposos y, en particular, de delitos típicos de la criminalidad organizada (p. ej., tráfico de estupefacientes, robos y extorsiones agravadas, secuestro extorsivo de personas);

- realizar conductas dirigidas a permitir el empleo de dinero y de otras utilidades provenientes de esos delitos, o a dificultar la individualización de su proveniencia ilícita;

- comprar, recibir, ocultar (o intervenir para hacer comprar, recibir u ocultar) en forma simulada, armas, municiones, explosivos.

2) Al lavado simulado y a la simulada receptación de armas y otros pueden proceder sólo los oficiales de la policía judicial de la Dirección de Investigación Antimafia y de los servicios centrales e interprovinciales de la Policía de Estado, del Arma de Carabineros y del Cuerpo de la Guardia de Finanzas.

3) Estos oficiales de la policía judicial no pueden proceder a las operaciones encubiertas por iniciativa propia, sino sólo en cumplimiento de operaciones específicamente ordenadas:

- por el Jefe de la Policía o por los Comandantes Generales de Carabineros y de la Guardia de Finanzas, según se trate de un servicio perteneciente a una u otra de las fuerzas de policía;

- por el Ministro del Interior (con facultades de delegar, ahora al Director de la Dirección de Investigaciones Antimafia, art. 2º, inc. 2 quater, decr. ley 345/91, modif. por el art. 1º, inc. 3, ley 356/92) cuando en las operaciones intervengan oficiales de la policía judicial de la Dirección de Investigaciones Antimafia.

4) Debe notificarse inmediatamente a la autoridad judicial (ministerio público) el lavado simulado y la simulada receptación de armas.

Los oficiales de la policía judicial podrán pedir a dicha autoridad la postergación, hasta la conclusión de las investigaciones, del secuestro de todo lo comprado simuladamente (dinero, otras utilidades, armas, municiones, explosivos). Si admite el pedido de postergación, el ministerio público debe proveer mediante decreto fundado disponiendo, si es necesario, prescripciones específicas para la conservación de todo lo comprado.

c) *EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES*: Para la lucha contra las formas más graves de explotación sexual de menores, los oficiales de la policía judicial pertenecientes a estructuras especializadas o a servicios centralizados para la lucha contra la criminalidad organizada, pueden realizar operaciones encubiertas, p. ej., mediante compras simuladas de material pornográfico, participación a iniciativas de turismo sexual, activación de sitios “trampa” o “anzuelo” en Internet (art. 14, ley 269/98).

Teniendo presentes las disposiciones recién señaladas, puede ocurrir, por ejemplo, que:

1) Los oficiales de la policía judicial descubran un sitio informático casualmente o durante su normal actividad de investigación.

– Los oficiales de la policía judicial (cualquiera sea la fuerza de policía a la que pertenezcan) deberán, habitualmente, limitarse a tomar conocimiento del delito, rastrear a sus autores, asegurar los medios de prueba e informar al ministerio público. Es decir que deberán limitarse a realizar las tareas que el Código de Procedimiento Penal le asigna de modo general y por principio a la policía judicial (arts. 55 y 348, Cód. Proc. Penal).

– Sólo excepcionalmente, los oficiales de la policía judicial podrán fingir que se conectan al “sitio”, procediendo a una simulada actividad de cesión de “material pornográfico infantil” o a una simulada participación en las “iniciativas turísticas”. En efecto, las actividades simuladas les son consentidas sólo si se trata de oficiales pertenecientes a estructuras especializadas de las distintas fuerzas de policía, p. ej., servicios interprovinciales de la Policía de Estado, del Arma de Carabineros o de la Guardia de Finanzas, Seccional Criminalidad Organizada (SCO), Seccional Anticriminal (SA). Los grupos de investigación de la criminalidad organizada (GICO) sólo podrán hacerlo si existe una disposición operativa del “responsable provincial” por lo menos y sólo si hay una “autorización” del ministerio público.

2) Los oficiales de la policía judicial creen un “sitio trampa” esperando las conexiones de otros.

– La creación del “sitio trampa” está permitida y determina la no punibilidad de los oficiales de la policía judicial sólo si la instalación del sitio no ha sido decidida autónomamente por la policía judicial, sino expresa y motivadamente pedida por la autoridad judicial. También en este caso, al no tratarse de una actividad de investigación “ordinaria”, no están legitimados todos los órganos policiales, sino sólo las estructuras especializadas y en particular la policía de las telecomunicaciones.

En el mismo sentido, ver las directivas 25/11/99 del Ministerio del Interior, Departamento de Seguridad Pública (comunicadas a las autoridades judiciales con nota 2/2/2000 del

Ministerio de Justicia). Sobre la base de estas directivas, sólo el Servicio de Policía Postal y de las comunicaciones (identificado como órgano central para la seguridad y la regularidad de los servicios de telecomunicaciones por el decreto interministerial 19/1/99) puede emplear sistemas informáticos o medios de comunicación telemáticos para las operaciones encubiertas y demás actividades “necesarias para la lucha” contra los delitos de explotación infantil.

Los delitos para los que está consentida la especial actividad de contraste que hemos ilustrado hasta aquí son: a) la inducción a la prostitución infantil prevista por el art. 600 bis, inc. 1, del Cód. Penal (con excepción del llamado “hecho del cliente”, art. 600 bis, inc. 2, Cód. Penal); b) los delitos de pornografía infantil previstos por el art. 600 ter, incs. 1 a 3, del Cód. Penal (explotación de menores para exhibiciones pornográficas; la producción de material pornográfico infantil; el comercio, la divulgación y la cesión de material pornográfico infantil; la divulgación de noticias enderezadas a la seducción o a la explotación de menores) con excepción de la simple cesión o posesión de material pornográfico, arts. 600 ter, inc. 4, y 600 quater, del Cód. Penal, y c) los delitos de “turismo sexual” previstos por el art. 600 quinquies del Cód. Penal.

Pasando al examen de las “consignas supervisadas”, cabe señalar que, como hemos dicho, las operaciones simuladas de lavado o de compra de droga le sirven al oficial de la policía judicial para insertarse clandestinamente en la organización criminal y crear las condiciones para una investigación de largo alcance.

Para obtener un desarrollo favorable de las actividades de investigación, el oficial de la policía judicial no está obligado solamente a realizar repetidas operaciones encubiertas, sino también, con frecuencia, a retardar el cumplimiento de numerosas deberes (como secuestros, arrestos en flagrancia y detención de sospechosos).

Solo si retarda o, directamente, omite el cumplimiento de deberes abstractos, el oficial de la policía judicial puede “seguir” y controlar realmente el “viaje” y los recorridos de las sustancias estupefacientes, de las armas o del dinero “sucio” (aunque hayan sido adquiridos simuladamente mediante operaciones encubiertas).

Por lo tanto, existe, en la práctica, una estrecha conexión entre las operaciones encubiertas y las “operaciones o consignas controladas”.

d) *LAS CONSIGNAS BAJO CONTROL EN MATERIA DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES*: El artículo 98 del decr. 309/90 señala que para individualizar, en cualquier parte, los centros del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o de la asociación destinada a ese tráfico (arts. 73 y 74, decr. cit.), los órganos de investigación pueden retardar u omitir el cumplimiento de actos de su competencia, en particular:

1) La autoridad judicial puede, mediante decreto fundado, retardar (pero no omitir) la emisión de órdenes de captura (arresto) o secuestro cuando ello sea necesario para adquirir medios de prueba relevantes o también para proceder a la individualización o a la captura de los responsables del delito de tráfico de estupefacientes o del delito de asociación destinada al tráfico de dichas sustancias (arts. 73 y 74, decr. cit.).

En los mismos casos, la autoridad judicial puede también disponer que se postergue la ejecución de las órdenes de captura (arresto) o secuestro ya emitidas. Cuando haya urgencia, la disposición puede ser impartida incluso verbalmente, pero la resolución respectiva debe ser emitida dentro de las 24 horas sucesivas.

2) Con el mismo objeto (o sea de prueba o de identificación y captura de los responsables) y con referencia a los mismos delitos graves (arts. 73 y 74, decr. cit.), los oficiales de la policía judicial (y no los agentes) asignados a las unidades especializadas antidroga, como también las autoridades aduaneras, pueden tanto retardar como omitir los actos de sus respectivas competencias.

a) El retardo o la omisión puede referirse tanto a actos de investigación o aseguración (como el registro, el secuestro, el arresto en flagrancia, la detención, etc.) como a actos de ejecución de resoluciones de la autoridad judicial (como la ejecución de las órdenes de prisión preventiva).

b) Los oficiales de la policía judicial deben dar inmediato aviso, aunque sea telefónico, de las omisiones o del retardo en el cumplimiento de sus deberes, a la autoridad judicial

(que habitualmente será el ministerio público, quien puede disponer de otra manera) y a la Dirección Central antidroga. Al aviso debe acompañarse un informe formal dentro de las 48 horas siguientes.

3) La autoridad judicial (habitualmente, el ministerio público) imparte a la policía judicial las directivas generales para la vigilancia del desarrollo de las actividades criminales y el logro de los fines de la investigación que aconsejaron retardar u omitir el cumplimiento de los deberes. Con este fin, coordina con las demás autoridades judiciales interesadas en la operación (ya sea porque en sus jurisdicciones ocurrirá el tránsito de las sustancias o porque en dichos lugares se concluirá la operación) y comunica a la policía judicial las medidas que aquellas han decidido adoptar. Las directivas generales pueden ser impartidas incluso oralmente, pero, dentro de las 24 horas, deben formalizarse en una resolución específica (que debe comunicarse también a las demás autoridades judiciales interesadas).

La consigna controlada puede presentar aspectos de particular complejidad cuando afecte a dos o más Estados, eventualidad que con frecuencia ocurre visto el carácter transnacional del tráfico de sustancias estupefacientes. Las consignas supervisadas internacionales pueden ser de dos tipos: directa o con tránsito, según los Estados involucrados sean dos o, al menos, tres, de los cuales uno esté interesado sólo por el tránsito de los estupefacientes por el territorio propio. En el caso de consignas internacionales es fundamental el rol de la Dirección Central de Servicios Antidroga, que deberá realizar los contactos necesarios con los servicios de policía extranjeros y alertar sobre la realización de las operaciones también a las autoridades aduaneras para evitar obstáculos en el desarrollo de las consignas bajo control.

e) *LAS CONSIGNAS SUPERVISADAS EN MATERIA DE SECUESTRO EXTORSIVO DE PERSONAS*: Por el art. 7º, decr. ley 8, del 15/1/91, conv., con modificaciones, en la ley 82, del 15/3/91, cuando sea necesario para adquirir medios de prueba relevantes o también para proceder a la individualización o la captura de los responsables del delito de secuestro extorsivo de persona (art. 630, Cód. Penal), el fiscal podrá:

- postergar, mediante decreto fundado, la emisión o la ejecución de las órdenes de secuestro, (de arresto) y de detención o bien de las órdenes de aplicación de una medida cautelar;

- realizar operaciones controladas de pago de rescate, utilizando incluso (previa autorización del juez) bienes y dinero “bloqueados” (art. 1, decr. ley cit.).

En los casos de urgencia, la postergación de la ejecución de las órdenes de secuestro, (de arresto) y de detención o bien de las órdenes de aplicación de una medida cautelar puede ser dispuesta incluso oralmente, pero la resolución respectiva debe ser emitida dentro de las 48 horas sucesivas.

f) *LAS CONSIGNAS BAJO CONTROL EN MATERIA DE EXTORSIÓN, USURA Y LAVADO*: Estas conductas están sancionadas en el art. 10, decr. ley 419, del 31/12/91, ratif., con modificaciones, en la ley 172 del 18/2/92, que dice que cuando sea necesario para adquirir medios de prueba relevantes o bien para proceder a la identificación o la captura de los responsables de delitos de extorsión (art. 629, Cód. Penal), usura (art. 644, Cód. Penal) y de lavado o reinversión de dinero (arts. 648 bis y 648 ter, Cód. Penal), los órganos de investigación pueden postergar u omitir los actos de su competencia, en particular:

- a) El ministerio público puede postergar (pero no omitir) la ejecución de órdenes de secuestro (de arresto) o de detención o bien las órdenes de aplicación de una medida cautelar. La postergación debe ser dispuesta por él mediante resolución fundada o también oralmente en caso de urgencia; en este caso, sin embargo, la disposición oral debe ser acompañada dentro de las 48 horas siguientes por la resolución correspondiente.

- b) Los oficiales de la policía judicial pueden postergar y también omitir los actos de investigación o de aseguración (como el registro, el secuestro, el arresto en flagrancia, la detención, etc.) y de ejecución (como la ejecución de las órdenes de prisión preventiva) de su competencia.

- c) Los oficiales de la policía judicial deben dar inmediato aviso de la postergación o de la omisión al ministerio público competente en la investigación. La comunicación puede ser hecha también oralmente, pero debe estar acompañada dentro

de las 48 horas siguientes por un informe formal. También ante la falta de previsión expresa, debe entenderse que el ministerio público puede disponer de otra manera e invitar a la policía judicial a cumplir el acto de su competencia (véase, en ese sentido, el art. 98 del texto único en materia de estupefacientes).

§ 35. NUEVAS EXIGENCIAS NORMATIVAS EN LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS Y BAJO CONTROL. — La normativa italiana sobre las investigaciones especiales que estamos considerando ha sido introducida mediante leyes que se han ido sucediendo en el tiempo (el art. 25 de la ley 162, del 26/6/90, luego confluído en los arts. 97 y 98 del texto único en materia de sustancias estupefacientes aprobado mediante el decr. 309 del Presidente de la República, del 9/10/90; el art. 10, decr. ley 419, del 31/12/91, ratif., con modificaciones por la ley 172, del 18/2/92; el art. 12 quater, decr. ley 306, del 8/6/92, ratif. con modif. por la ley 352, del 7/8/92).

Transcurridos algunos años, se impone una nueva reflexión sobre la normativa descripta, pues la práctica ha evidenciado ciertas disonancias y lagunas, que pueden resumirse sustancialmente de la siguiente manera:

- la insuficiencia de la normativa del texto único sobre drogas, restringida únicamente a la conducta de la “compra simulada”, respecto del abanico más amplio de las operaciones encubiertas permitidas por las normas en materia de armas (art. 97 cit.) y de lavado (art. 12 quater cit.);

- la ausencia de protección para el agente infiltrado, muchas veces expuesto a graves peligros incluso para su propia vida, de donde se da la necesidad de asegurar el anonimato y, también, adecuadas formas de protección;

- la falta de una definición adecuada, en esta materia, de las relaciones entre ministerio público y policía judicial, órganos a cada uno de los cuales debe asegurarse con claridad el respectivo ámbito operativo con sus consiguientes responsabilidades.

Las exigencias descritas hacen indispensable y urgente una nueva intervención legislativa en cuatro direcciones:

- reformular más acabadamente el “reparto” de las competencias entre ministerio público y policía judicial;

- actualizar la lista de delitos para los cuales se puede recurrir a los instrumentos señalados (p. ej., contrabando de tabaco elaborado en el exterior, inmigración clandestina, trata de seres humanos, etc.);
- prever otras conductas "desincriminables" de los oficiales de la policía judicial, haciéndolas lo más homogéneas posible para cada tipo de delito, y
- asegurar a los especialistas una "pantalla" de protección.

Lo que señalamos está confirmado por la circunstancia de que la jurisprudencia (p. ej., Casac. VI, 3/12/98, "Carcito ed altri") ha entendido que la causa de justificación prevista por el art. 97, decr. 309/90, al desincriminar la compra simulada de droga, legitima necesariamente también las actividades "instrumentales" ligadas a la compra misma, o sea aquellas que preceden (p. ej., la solicitud de vender o ceder) y siguen (p. ej., la posesión, el transporte, la exportación o importación) el acto de compra-recepción de estupefacientes, representando su natural y fisiológico antecedente o consecuencia.

La doctrina, orientándose desde la misma óptica, ha sostenido que están cubiertas por la causa de justificación otras conductas ligadas íntimamente con la concreta infiltración como, por ejemplo, la utilización de documentos falsos o la portación clandestina de armas.

Por otra parte, se trata de una materia que, para dar tranquilidad también al agente de policía, debería ser disciplinada por la ley.

§ 36. LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. — La armonización del derecho penal (por lo menos en cuanto a algunos tipos de delitos) y del derecho procesal penal (al menos en lo que concierne al tema de los medios de prueba y de las pruebas utilizables en juicio) es fundamental para una eficaz lucha contra la criminalidad organizada que, como hemos notado, ha asumido una dimensión transnacional ya desde hace tiempo.

El Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, ha afirmado, en el punto 48: "Con excepción de los amplios sectores previstos en el tratado de Amsterdam y en el plan de acción de Viena, el Consejo Europeo entiende que, en cuanto a

las legislaciones penales nacionales, los esfuerzos destinados a concordar definiciones, incriminaciones y sanciones comunes deberían centrarse, en primer lugar, en un número limitado de sectores de particular importancia", que se identificaban, entre otros, como el lavado de dinero, tráfico de droga, trata de seres humanos (con especial referencia a la explotación de mujeres, a la explotación sexual de menores y a la criminalidad de alta tecnología).

De estas consideraciones de carácter general se deriva que, en materia de "consignas controladas", la armonización de las legislaciones nacionales se propone como un objetivo prioritario, ya que, como hemos señalado repetidamente, los mercados ilícitos manejados por las organizaciones criminales están constituidos, principalmente, por "cosas muebles" destinadas a ser transferidas de un país "productor" a uno "consumidor", a través del territorio de países "de tránsito". Una laguna o una discordancia en la legislación de uno o más de tales países determinaría "vacíos" en la acción de contraste con la imposibilidad de infiltrar grupos criminales y de seguir el desarrollo de los tráficoos ilegales.

Por otra parte, la Convención del 19/6/90 de aplicación del acuerdo de Schengen prevé, en el art. 73, el compromiso de los Estados participantes de tomar medidas para permitir las "consignas controladas", aunque sea únicamente en el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.

También es útil recordar lo dispuesto por el art. 19 del acuerdo de Schengen, por el art. 71 de la Convención, con el compromiso allí asumido por los Estados participantes de armonizar las legislaciones nacionales en materia de sustancias estupefacientes.

Lo deseable sería que, teniendo presente la casuística derivable de la legislación italiana, pueda llegarse a una indicación homogénea de las materias en las cuales recurrir a las "consignas controladas" y de los procedimientos para actuarlas, reforzando de esta manera la cooperación entre las fuerzas de policía de los distintos países, indispensable para contraponer una red de legalidad a aquella de ilegalidad en la cual actúan los grupos criminales.

CAPÍTULO VII

LA COOPERACIÓN JUDICIAL FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO*

§ 37. EL CARÁCTER TRANSNACIONAL DEL CRIMEN ORGANIZADO. — Se ha vuelto indispensable una cooperación judicial cada vez más fuerte e incisiva debido a las nuevas características asumidas, desde hace tiempo y en constante aumento, por la criminalidad organizada: sea por los mercados delictivos donde opera, por los instrumentos que utiliza para ese fin o, finalmente, por la estructura que ha asumido.

Como se ha dicho ya, los mercados han ampliado su horizonte de manera significativa, pasando de la internacionalización a la globalización como fenómeno que la criminalidad organizada no ha desatendido. Se puede constatar que las organizaciones criminales italianas pasaron de interesarse por la agricultura a comprometerse con la actividad de la construcción y las licitaciones públicas en esa materia. El paso siguiente fue el negocio inmobiliario, sobre todo en el sur de Italia.

En ese desarrollo ocuparon un lugar especial los intercambios de tóxicos, interesándose la criminalidad organizada no tanto en la producción cuanto en el contacto entre los términos del intercambio, es decir, entre productores y consumidores. De esta forma, la actividad mafiosa se constituyó en un eslabón esencial del negocio de las drogas, estando a su cargo la distribución internacional y la recepción en los distintos puertos de Europa y los Estados Unidos.

* Por PIERO L. VIGNA.

Junto a las sustancias estupefacientes, el intercambio internacional y la cadena de distribución fue integrando distintos productos. Entre ellos, los más significativos son el relacionado con las armas y el dinero. El primero tiene un impulso especial a partir de la caída del muro de Berlín y la paulatina separación de los países de la ex Unión Soviética. La disponibilidad de armamento, incluso de alta sofisticación, fue posible gracias a la existencia de una red criminal en esos países que permitieron la derivación fuera de sus fronteras hacia distintos destinos en la misma Europa y en Asia.

Un capítulo aparte lo constituye el contrabando de cigarrillos. Este bien es objeto de especial utilización comercial ilegal a través de la *Ndrangheta* y la *Camorra*. En este punto se ha advertido cierta vulnerabilidad de las fronteras marítimas.

Sin embargo, ninguno de los nuevos objetos de interés del intercambio ilegal es tan doloroso como el vinculado con seres humanos, asumidos como "cosas muebles". Las situaciones de pobreza, conflictos raciales y religiosos y precariedad de vida son algunos de los motivos que favorecen las redes de inmigración que comienzan en los países de origen y se extienden al territorio europeo. Por eso, al tradicional problema de la prostitución, donde la inmigración de Europa del Este juega un papel particular junto con la originada en América del Sur, especialmente Brasil, se ha sumado el de mano de obra tendiente a la explotación laboral. En este punto, la novedad quizás más dramática lo constituye el tráfico de órganos humanos.

En todo este contexto global de comercio ilegal el lavado de dinero aparece como motor esencial de los negocios. El avance de la tecnología financiera, la velocidad de los intercambios han ampliado el mercado global y con él, las negociaciones ilegales del crimen organizado.

Estudiosos de economía criminal (Franco Bruni y Donato Masciandaro) han destacado, por ejemplo, dos noticias aparentemente muy distantes entre sí.

La primera se refiere a los mercados financieros: gracias a los acuerdos a los que se ha llegado en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio, desde el 1º de marzo de 1999 los servicios bancarios y financieros pueden ofrecerse, en 102 países, sin que discriminaciones o segmentaciones afecten a

intermediarios provenientes de ciertos países. De esta manera, la actividad financiera se vuelve cada vez más globalizada.

La segunda noticia atañe a la criminalidad organizada: el informe de la Banca Mundial para 1997 señalaba que el desarrollo del tráfico y de la producción ilegal entre los distintos países presenta cada vez más acuerdos entre organizaciones criminales de diversas nacionalidades. El crimen organizado se mueve también hacia una dimensión global. Los estudiosos notan que nadie se sorprende si se afirma que los mercados bancarios y financieros representan un elemento fundamental para un crecimiento sensible y perdurable de la economía legal: en el momento que se pasa de una economía de intercambio a una monetaria, los intermediarios, al ofrecer servicios de pago, de crédito y, en general, financieros, ayudan a los otros operadores a satisfacer sus propias opciones de distribución, mejorando la eficiencia del sistema.

Paralelamente, no nos debemos maravillar del hecho de que tales mercados sean también indispensables para el desarrollo de la economía ilegal. En primer lugar, por las mismas razones arriba recordadas; en segundo lugar porque, gracias a los operadores, instrumentos y mercados bancarios y financieros, los sujetos predispuestos a la ilegalidad llegan a introducirse en la economía legal con más facilidad. En este sentido, de las investigaciones surge la tendencia, en el ámbito de los grupos criminales, a atribuir las funciones de gestión más cualificadas a aquellos que tienen una preparación específica en el sector económico-financiero, y esto no solamente para potenciar las inversiones y el lavado, sino también para “lavar”, a través del dinero, a las personas introduciéndolas en el mundo de las altas finanzas.

Si, pues, estructuralmente, la economía ilegal necesita de los mercados financieros, también es verdad que desde hace un par de decenios tal simbiosis se ha vuelto más compleja y articulada.

Ha crecido fuertemente la demanda de servicios financieros por parte de los mercados ilegales, globalmente entendidos: es estable el crecimiento de la producción y del intercambio de bienes ilegales, como también se ha difundido y consolidado la economía de la corrupción.

Paralelamente, la oferta de servicios crediticios y financieros ha registrado, en general, un salto cualitativo y cuantitativo sin precedentes.

Del intercambio (o trueque) se ha pasado, a través de los siglos, a la moneda metálica y luego a la de papel, pero, en los tiempos modernos, en pocos años, con una aceleración notable de las transferencias electrónicas de moneda, efectuadas de varias formas y modalidades, se ha pasado al nacimiento de una verdadera y propia moneda electrónica, distinta de la tradicional, que puede asumir diversas formas, desde la *smart-card* al *cibermoney*.

A esto se agrega el *trading on line*, es decir la posibilidad de negociar valores muebles, como acciones o derivados, a través de Internet, y por lo tanto la posibilidad, para un cliente, de interactuar con un intermediario negociador –y a través de él con el mercado– utilizando exclusivamente Internet. El nacimiento de los Electronic Communication Networks (sistemas de contratación que permiten a los inversores negociar títulos cotizados en forma anónima) precede (como nota Masciandaro, de la Universidad Bocconi, de cuyas observaciones fueron extraídos estos apuntes) a la posible creación de una Bolsa mundial.

La ampliación de los mercados ilícitos, la movilidad de los “bienes” que conforman su objeto, con la consiguiente necesidad de su transferencia de un Estado a otro, la globalización de los mercados financieros, indispensables para que los grupos criminales capitalicen sus espectaculares ganancias, las tecnologías utilizables en este y en otros sectores, han incidido visiblemente en la estructura de los grupos criminales. Estos han asumido una dimensión internacional cuyo dato característico se observa, a mi juicio, en el hecho de que grupos criminales de diversas etnias o naciones colaboran eficazmente entre ellos, con la consecuencia de que cada estructura particular conlleva un “valor agregado”, en términos de potencia criminal, por la sinergia que establece con otros grupos.

Esto se manifiesta no solo por las diversas investigaciones que se orientan cada vez más hacia grupos pluriétnicos o multinacionales, o que siguen el recorrido de los mercados ilícitos en el territorio de varios países, sino que responde, como ya se dijo, también a criterios de carácter lógico: el tráfico de

bienes ilícitos desde el Estado de producción (o de reunión, si se trata de personas) hacia el de utilización, con el cruce a través del territorio de Estados-puente, no sería imaginable si se prescindiese de la ayuda de grupos criminales que operan en diferentes países.

Por eso las inversiones se canalizan a través de mecanismos fluidos y lo que se obtiene en un Estado se deriva inmediatamente a otros merced a la red de inversiones que vincula el tráfico ilegal del dinero. Los paraísos fiscales, los desequilibrios entre las legislaciones represivas del lavado de dinero de los distintos países y los nuevos medios tecnológicos hacen difícil el control de los intercambios ilegales, a pesar de la tarea del GAFI y de los avances que en ese orden se han logrado en los últimos tiempos.

Resulta paradójico observar que organizaciones criminales tan estrechamente vinculadas a su terruño y que encontraban su razón de ser en el ejercicio de cierto poder territorial hoy en día se valen de su actividad como eslabones financieros. Tanto en Sicilia como en Calabria esto ha sido notorio en los últimos tiempos, por cuanto se ha verificado su avance en la constitución de eslabones de una red global de tipo financiero y económico que compite a la par con otros intereses del mercado ilegal de bienes muebles.

Todo esto constituye una amenaza, grave, no solo para los ciudadanos, sino también para la misma comunidad internacional, como ha sido debidamente señalado por los países del G8.

En efecto, en el comunicado emitido el 17 de mayo de 1998 en Birmingham se lee: "La globalización ha sido acompañada por un marcado aumento de la criminalidad internacional que se manifiesta en múltiples formas: el tráfico de sustancias estupefacientes y de armas, el tráfico de seres humanos, el uso de nuevas tecnologías para robar, estafar y eludir la ley, el lavado de las ganancias provenientes de delitos. Estos delitos constituyen una amenaza no solo para los ciudadanos y la misma comunidad, sino que también son una amenaza que socava los fundamentos de la democracia y la economía de la sociedad a través de las inversiones de dinero ilícito por parte de carteles internacionales, la corrupción, el debilitamiento de las instituciones y la desconfianza en el Estado de derecho".

Así, los países que forman parte del G8 también indican la corrupción como uno de los factores que concurren a debilitar las instituciones y a provocar desconfianza en el Estado de derecho, noción que es esencial al concepto de democracia. Lamentablemente, el fenómeno de la corrupción está muy presente en numerosos países y debe ser combatido con la máxima eficacia, porque se ha transformado en uno de los modos de actuar preferidos por la criminalidad organizada, más que la misma violencia —a la cual se recurre como *extrema ratio*—, por su carácter silencioso y oculto que determina un vínculo de *omertà* (o “ley del silencio”) entre el corruptor y el corrupto, y que da más garantías de impunidad.

La corrupción que funciona en los sistemas de justicia (ya sean judiciales o de policía) asegura espacios y territorios de impunidad para los que delinquen, debilitando y haciendo en buena parte inútil la actividad de quienes proceden correctamente e impidiendo el cumplimiento del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, propio de un Estado democrático de derecho.

La corrupción que se practica en el sector empresarial y que determina, por ejemplo, la concesión para construir obras de utilidad pública a una empresa en vez de a otra sobre la base del criterio del favoritismo en lugar del de la capacidad empresarial y de la propuesta más ventajosa de los participantes del concurso, produce desequilibrios en el mercado, altera las reglas de competencia; impide el cumplimiento del principio de la libertad de iniciativa económica privada, introduciendo procedimientos de competencia desleal; y da lugar, con frecuencia, a la realización de obras innecesarias o a precios superiores a los del mercado, debiendo el empresario afrontar el pago del soborno ofrecido.

Finalmente, la corrupción practicada respecto de los administradores públicos y de los políticos los obliga a tomar iniciativas no regidas por el principio del bien común, sino por el del beneficio privado. Si democracia es también el gobierno de la cosa pública en público, es decir con criterios fundados en la transparencia, la corrupción, al provocar iniciativas administrativas o políticas inspiradas en pactos ocultos —y por lo tanto que no pueden exhibirse ante la opinión pública—, es lo más contrario a la gestión democrática de las funciones públicas que pueda existir.

§ 38. LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL. — Del examen desarrollado hasta aquí surge entonces la necesidad de que la cooperación judicial en el ámbito de la criminalidad internacional (tema al que se refiere este informe) se guíe de acuerdo con lineamientos orientados hacia la mayor intensidad posible, a pesar de la diversidad de ordenamientos vigentes en los distintos Estados; pero se deberá tener presente, en nuestra opinión, que la gravedad de la amenaza puede justificar incluso la modificación de algunas reglas impuestas por el derecho interno o la introducción, en este, de nuevos principios en cuanto esto resulte adecuado a una mejor y más eficaz colaboración.

Por otra parte, este es el rumbo marcado, en el ámbito de la Unión Europea, por algunas Recomendaciones (p. ej., 1, 29) del plan de acción contra la criminalidad organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997.

No es este el lugar para un examen detallado de los instrumentos de cooperación judicial, que por otra parte son conocidos, sino más bien para desarrollar algunas reflexiones generales, sugeridas por institutos particulares o experiencias.

Entendemos que el tema de la cooperación judicial con relación a la criminalidad internacional conduce, por un lado, a las estructuras (o, si se quiere, a las normas de organización) y, por el otro, a los tipos penales y a las pruebas (o, en otras palabras, a las normas que prevén los delitos y a las que regulan los medios y los modos a través de los cuales el juez forma su convicción personal).

Son, pues, condiciones previas para una eficaz cooperación judicial el *conocimiento de los hechos* (que, en realidad, es condición previa de cualquier acción del hombre, y que podrá garantizarse si en cada Estado, como ocurre en Italia con la Dirección Nacional Antimafia, los datos y las informaciones se reúnen y elaboran en un único centro) y la *coordinación de las investigaciones*, es decir, su armónica dirección hacia un fin común, aunque sean conducidas por órganos con competencia y autonomía propias (aquí también cabe recordar la función de coordinación atribuida a la Dirección Nacional Antimafia para la investigación de los delitos mafiosos cometidos en Italia).

Ahora bien, precisamente en los principios tendientes a facilitar los conocimientos y la coordinación en el ámbito de

la Unión Europea se inspira la Acción Común adoptada por el Consejo el 29 de junio de 1998 sobre la base del artículo K.3 del Tratado sobre la Unión Europea y referida a la institución de la Red Judicial Europea.

Los "contactos" que componen la red son, en efecto, intermediarios activos que tienen la misión de facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, sobre todo en la acción contra las formas de criminalidad grave. Están a disposición de las autoridades judiciales locales y de las demás autoridades competentes del propio país, como también de los contactos y de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de los demás países, para permitirles que establezcan los contactos directos más apropiados.

Los "contactos" proporcionan la información jurídica y práctica que necesitan las autoridades judiciales locales de sus respectivos países, como también los "contactos" y las autoridades judiciales locales de los otros países, para permitirles que preparen eficazmente las demandas de cooperación judicial, es decir para mejorar dicha cooperación en general. Asimismo, facilitan la coordinación de la cooperación en los casos en que las diversas demandas presentadas por las autoridades judiciales locales de un Estado miembro deban responderse en forma coordinada en otro Estado miembro.

Creemos que la "red judicial europea", en cuanto es funcional para la preparación eficaz de las demandas de cooperación judicial y para su perfeccionamiento general, puede constituir el instrumento mediante el cual pueda suministrarse información sobre la criminalidad organizada propedéutica para la formulación del exhorto.

En efecto, este (sea activo o pasivo) se inserta en un procedimiento en curso y se dirige a obtener —o a proporcionar— elementos de prueba adquiridos en el extranjero, de acuerdo con lo que ya surge del procedimiento.

El intercambio directo de información —preferentemente en el nivel de los órganos judiciales centrales—, en cambio, tiene como fin originar nuevas investigaciones y completar las que están en curso, llevando a conocimiento de las autoridades de otro país los datos y noticias que podrán ser verificados mediante el cumplimiento de un exhorto, que antes no podía practicarse por ignorarse las circunstancias de hecho.

El tema que ahora se expone ha encontrado una aplicación explícita en la nota del Ministerio de Justicia italiano del 25 de noviembre de 1999 que, al requerir los nombres de los magistrados de la Dirección Nacional Antimafia designados para formar parte de la Red Judicial Europea, especificaba que tal Dirección “puede suministrar, en el ámbito de sus atribuciones institucionales, una enérgica contribución a la mejora de la buena praxis de cooperación judicial penal a través de la transmisión de información relativa a actos de investigación, referidos a delitos de secuestro extorsivo de personas, de asociación de tipo mafioso y de asociación en materia de estupefacientes, y necesaria para la preparación de una demanda de cooperación judicial referida a los mismos delitos o hechos ligados a ellos”.

El principio de coordinación, anteriormente recordado, también es fundamento de la conclusión 46 del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999.

En efecto, se lee en el documento que “Para reforzar la lucha contra las formas graves de criminalidad organizada, el Consejo europeo ha establecido instituir una unidad (EU-ROJUST) compuesta por fiscales, magistrados o funcionarios de policía con iguales facultades, destinados por cada Estado miembro de acuerdo con su propio sistema jurídico. El EUROJUST deberá tener el objetivo de facilitar una eficaz coordinación entre las autoridades nacionales responsables de la acción penal, de colaborar en las investigaciones referidas a casos de criminalidad organizada, en particular las basadas en los estudios de la Europol y de cooperar estrechamente con la red judicial europea, en especial con el fin de simplificar la ejecución de los exhortos. El Consejo europeo solicita la adopción del instrumento jurídico necesario dentro del término de 2001”.

Fundándose en esta conclusión, el Consejo de la Unión Europea, mediante la decisión del 14 de diciembre de 2000, instituyó la Unidad Provisoria de Cooperación Judicial (denominada Pro Eurojust), con la perspectiva de mejorar, a corto plazo, la cooperación y la coordinación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en las investigaciones sobre la actividad criminal internacional, que entró en funciones al año siguiente, de conformidad con la conclusión 46 del Consejo Europeo de Tampere.

Teniendo en cuenta los sistemas vigentes en los distintos Estados miembros, los integrantes de la Unidad provisoria pueden ser un procurador (magistrado o funcionario de policía con facultades similares) o un juez, cuyo estatus y poderes están sujetos al ordenamiento jurídico del Estado que lo ha nombrado.

La actividad del nuevo organismo comunitario comenzó el 1º de marzo de 2001, sirviéndose de la infraestructura puesta a disposición por el Consejo de la Unión Europea.

El ámbito de competencia de la nueva Unidad, de acuerdo con el art. 2º, inc. 1, a, de la decisión, corresponde a las actividades de investigación y las acciones judiciales que tienen por objeto las formas graves de criminalidad, en particular de criminalidad organizada, que involucren dos o más Estados miembros de la Unión Europea.

En particular, los miembros de la Unidad provisoria están llamados a desenvolver, respetando las facultades atribuidas a otros organismos comunitarios conforme a las disposiciones adoptadas en el ámbito de los tratados, las siguientes funciones:

1) facilitar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en cuanto a las actividades de investigación y las acciones judiciales referidas a las antedichas formas de criminalidad;

2) asegurar una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales competentes en cuanto a las actividades de investigación y las acciones judiciales que tengan por objeto las mismas formas de criminalidad;

3) apoyar, en cuanto sea posible, la coordinación y el desarrollo de las actividades de los equipos de investigación comunes (cuando la norma pactada que ha previsto la institución, es decir el art. 13 de la Convención de Bruselas del 29 de mayo de 2000, sea ratificada por al menos ocho de los Estados miembros que la han suscrito).

La actividad de coordinación del nuevo organismo tiene por objeto facilitar las investigaciones relativas a las acciones delictivas internacionales, poniendo en común los conocimientos y las capacidades de investigación, y evitar la inútil y perjudicial repetición de operaciones, sin quitar poderes a las diversas autoridades nacionales responsables de las pesquisas,

ni superponerse a estas dentro de una relación de superioridad jerárquica.

Sin embargo, creemos que debe considerarse atentamente la posibilidad de poner en práctica un nivel de cooperación judicial ulterior.

El 29 de mayo de 2000, en Bruselas, el Consejo Europeo de Ministros de Justicia y del Interior instituyó una Convención dirigida a completar las disposiciones y a facilitar la aplicación, entre los Estados miembros, de varios instrumentos, entre los cuales se encuentra la convención europea de asistencia judicial en materia penal del 20 de abril de 1959.

Entre los distintos puntos del acuerdo, uno de los cuales se refiere al “intercambio espontáneo de información”, el art. 13 atañe a los “equipos conjuntos de investigación” constituidos por las autoridades competentes de dos o más Estados miembros “para desarrollar investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros que componen el equipo”, respetando las condiciones y los procedimientos previstos por el mismo artículo.

Considero que la actividad de los “equipos” conjuntos podrá imprimir una mayor rapidez y eficacia a las investigaciones, actualmente perjudicadas por los exhortos que, entre otras cosas, encuentran siempre una barrera —representada por la autoridad judicial del Estado requerido— entre quien dirige o desarrolla la investigación y el hecho que constituye su objeto.

El mismo Comité parlamentario italiano de control referido al acuerdo de Schengen y a Europol ha afirmado que “es un dato de experiencia común que el sistema tradicional de cooperación judicial en materia penal, basado principalmente en el exhorto y en la extradición, es históricamente inadecuado para afrontar los problemas de la criminalidad organizada que, desde hace tiempo, tiene una dimensión internacional y aprovecha de la mejor manera, con gran habilidad, las diferencias que existen entre las leyes penales nacionales”.

Sin embargo, como ya hemos señalado, la cooperación judicial en materia penal podrá desplegar su eficacia plenamente solo si en los ordenamientos de los Estados interesados se procede a armonizar las normas que prevén los tipos penales ligados al crimen organizado y las normas procesales, espe-

cialmente las que reglamentan los medios de obtención de la prueba (p. ej., registros, secuestros, escuchas) y las pruebas (p. ej., pericia, testimonio) que pueden utilizarse en el proceso.

En efecto, de este modo, las asociaciones criminales ya no tendrán la posibilidad de insertarse en los espacios vacíos dejados por esta o aquella legislación, eligiendo, para sus operaciones o su refugio, los territorios regidos por la ley que les es más favorable.

Ya Pascal, en 1670, escribió: “curiosa justicia es aquella que está limitada por un río. Verdad de este lado de los Pirineos, error del otro lado”.

En ese sentido un experimento emblemático fue realizado, como es conocido, mediante la redacción del “Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne” y articulado en dos secciones, de “Droit pénal” y de “Procédure pénal”.

El mismo Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 ha afirmado, en el punto 48: “Con excepción de los sectores más amplios previstos en el tratado de Amsterdam y en el plan de acción de Viena, el Consejo Europeo considera que, por cuanto se refiere a las legislaciones penales nacionales, los esfuerzos dirigidos a concordar definiciones, incriminaciones y sanciones comunes deberían concentrarse en primer lugar en un número limitado de sectores de particular importancia”, que ejemplificaba recordando la criminalidad financiera (lavado de dinero, corrupción, falsificación de euros), el tráfico de droga y la trata de seres humanos y en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de menores, la criminalidad mediante tecnología de punta y la criminalidad ambiental.

Un ejemplo positivo de la necesidad, hoy en día ampliamente percibida, de prever tipos comunes, venciendo el escepticismo de la doctrina penal, que encuentra sus raíces en una estrecha visión de la soberanía que no tiene en cuenta la amenaza que dirige hacia ella la criminalidad organizada, puede extraerse de las recientes iniciativas adoptadas por la ONU.

Como es conocido, en diciembre de 2000, en Palermo, se han puesto a la firma de los Estados que adhieren a la ONU tres importantes documentos.

El primero tiene el fin “de promover la cooperación y prevenir el crimen organizado internacional de manera más eficaz”; es la Convención de las Naciones Unidas en materia de criminalidad organizada internacional. La Convención, que ya ha sido suscripta por 123 países —entre ellos la Argentina—, prevé que los Estados que la ratifiquen deberán introducir, en sus ordenamientos internos, si todavía no estuvieran previstos, algunos tipos de delito que formarán, así, el primer núcleo de un derecho penal común a todos los Estados, dirigido a reprimir significativas manifestaciones de la criminalidad organizada internacional.

§ 39. LA CONVENCIÓN DE PALERMO. — Los Estados deberán prever también la responsabilidad, penal, civil o administrativa, de las personas jurídicas que participen en los delitos arriba indicados. Se trata de la penalización de:

a) la participación en un grupo criminal organizado, entendiéndose por tal el “grupo estructurado de tres o más personas, que existe por un período de tiempo y que actúa de común acuerdo con el fin de cometer uno o más delitos graves (y por lo tanto penados con una pena privativa de la libertad personal cuyo máximo debe ser de por lo menos cuatro años o con una pena más elevada) con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio material”;

b) el lavado de las ganancias obtenidas de un delito;

c) la corrupción, y

d) la obstaculización de la justicia. Esta previsión comprende el uso de la violencia, las amenazas, la intimidación o la promesa, ofrecimiento o concesión de ganancias considerables para inducir un falso testimonio o para interferir en declaraciones testimoniales o en la producción de pruebas en el curso de procesos relacionados con la comisión de delitos previstos por la Convención, y también el uso de la violencia, amenazas o intimidaciones en contra de un juez o de un agente de las fuerzas del orden.

La Convención prevé, también, significativas e incisivas formas de cooperación entre los Estados afectados por uno de los crímenes internacionales arriba recordados, con relación, por ejemplo, a la confiscación, la extradición, los exhortos,

los equipos conjuntos de investigación, el intercambio de informaciones.

El delito es de naturaleza internacional cuando:

- a) es cometido en más de un Estado;
- b) es cometido en un Estado, pero una parte sustancial de su preparación, dirección o control ocurre en otro Estado;
- c) es cometido en un Estado, pero está implicado un grupo criminal organizado que está comprometido en actividades criminales en más de un Estado, y
- d) es cometido en un Estado, pero tiene efectos sustanciales en más de un Estado.

Junto a la Convención se han puesto a la firma de los Estados dos Protocolos adicionales, a los que se aplican los principios contenidos en la Convención.

El primero está dirigido a “combatir el tráfico de emigrantes vía terrestre, marítima y aérea”, y el segundo a “prevenir, reprimir y penar la trata de personas, en particular de mujeres y niños”.

Finalmente, algunos meses después, se ha elaborado y puesto a la firma de los Estados que adhieren a la ONU el protocolo, ligado a la Convención y relativo a la fabricación y al tráfico ilícito de armas, de sus partes y municiones.

Estos son los primeros esfuerzos, en el nivel de la ONU y por lo tanto mundiales, para la creación de tipos penales comunes a todos los Estados, ambos instrumentos indispensables para la determinación de formas incisivas de cooperación, para la construcción de una legalidad organizada internacional, dirigida a una lucha eficaz contra el modelo internacional que ha asumido, hoy, el crimen organizado.

La respuesta, ahora, toca a los Estados particulares y su esfuerzo en este ámbito podrá verificarse mediante la ratificación de los instrumentos que hemos recordado y la introducción, en sus ordenamientos, de principios contenidos en la Convención y en los Protocolos.

En la lucha contra la criminalidad organizada también es necesario encontrar el espíritu de colaboración que anima, en este momento, a la mayor parte de los Estados en la lucha contra el terrorismo porque, además, los dos fenómenos atraviesan muchas veces los mismos caminos: el financiamiento mediante el comercio de estupefacientes, el tráfico de armas, el lavado de dinero.

CAPÍTULO VIII

AGENTES ENCUBIERTOS E INFORMANTES
COMO MEDIOS DE PRUEBA CONTRA
EL CRIMEN ORGANIZADO*

Un análisis desde la jurisprudencia
de derechos humanos

§ 40. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA. — El surgimiento de nuevas formas criminales, caracterizadas por sus estructuras complejas de organización o funcionamiento, relacionadas generalmente con asociaciones mafiosas, narcotráfico, terrorismo, etc., determinó que los instrumentos investigativos penales, que se mostraban eficaces para hacer frente a los delitos comunes, resultaran desafiados por estos comportamientos ilícitos.

En este contexto, ante el temor de no poder controlar razonablemente la proliferación de los ataques al orden social, merced a la limitación instrumental de instituciones pensadas para una sociedad de características distintas, se tornó necesario apelar a una “legislación de emergencia”, que introdujera nuevas técnicas de investigación para luchar contra este tipo de delincuencia, signada por su difícil persecución y comprobación.

De este modo, se abrieron paso en el sistema penal nuevas formas de investigación que involucran a agentes encubiertos, testigos de identidad reservada e informantes.

El primero de ellos es definido por la doctrina como aquel sujeto ordinariamente integrado en la fuerza pública que, con

* Por BELEN CASSANI. Becaria del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral.

la finalidad de descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, lleva a término una actuación o despliegue que, sorprendiendo al infractor, saca a la luz su comportamiento ilícito.

El informante, por el contrario, es, en líneas generales, una persona que, sin pertenecer a las fuerzas de seguridad, está dispuesto a colaborar en forma confidencial en el esclarecimiento de delitos, brindando determinados datos, para lo cual concreta un acuerdo con dichas autoridades.

Es necesario poner de resalto que a poco de llevarse a la práctica estas nuevas modalidades de investigación, se observó que su utilización podía violentar el sistema de derechos y garantías reconocidos en las legislaciones internas de los Estados y, en especial, resultarían atentatorias de los compromisos asumidos internacionalmente por éstos.

Así, a través de una rápida mirada por la jurisprudencia relacionada con este tema, puede concluirse que en reiteradas oportunidades el derecho a una mejor y más eficaz administración de justicia debió enfrentarse con aquellas garantías que se le reconoce a la defensa, vinculadas con el control de la prueba.

En este punto, para poder aclarar mejor cuáles son los problemas inherentes a estos nuevos institutos, es preciso definir qué principios, vinculados con esta cuestión, rigen en el proceso, para entonces poder determinar si alguno de ellos ha resultado menoscabado en virtud de la forma en que las declaraciones de los referidos testigos, agentes o informantes anónimos son introducidas en los procedimientos.

El primero de ellos es el *principio de inmediación*, el cual, tal como lo define CAFFERATA NORES, es el "contacto personal y directo del juez, las partes y los defensores con el imputado y los órganos de prueba, es decir, con los portadores de los elementos que van a dar base a la sentencia"¹.

VÉLEZ MARICONDE² considera a este principio como una exigencia lógica del denominado *principio de la verdad real*. Así, expresa que el principio de inmediación, como exigencia

¹ CAFFERATA NORES, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1994, p. 203.

² VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1986, t. II, p. 186.

de la verdad real, consta de dos elementos: *a*) contacto directo y personal del juez que dictará la sentencia con los elementos probatorios en los que fundamentará la misma, y *b*) contacto directo de todos los sujetos procesales entre sí, en el momento en que se reciben las pruebas.

Este último se funda en la consideración de que todos los legitimados para entender en el conflicto deben estar presentes en el momento de la recepción de la prueba de cargo, con el objeto de que puedan intervenir en el proceso, a los fines de ejercer su derecho a controlar la prueba.

Otro principio es el de *contradicción*, que implica la necesaria oposición argumental entre acusación y defensa, en orden a obtener la convicción que constituye el fundamento de la sentencia penal.

Este principio, cuyas implicancias también desarrolla el citado autor³, tiene una doble funcionalidad: *a*) la contradicción conlleva al ejercicio de los derechos consagrados en aras de garantizar una efectiva oposición del acusado frente a la pretensión penal, y *b*) se dirige a asegurar la rectitud formal o material de los actos que afecten al imputado en el ejercicio de sus derechos.

El tercer principio que cabe mencionar es el de *publicidad*, que permite una mejor producción de la prueba o administración de justicia en la búsqueda de la verdad real, así como también la garantía para el imputado de que nada se hará a oscuras cuando llegue el momento de juzgarlo y que podrá discutir públicamente su caso y controlará los dichos de los testigos.

La publicidad surge de la esencia de la organización republicana y es una garantía básica prevista en los pactos internacionales sobre derechos humanos⁴. Tal es la importancia relativa a la observancia de este principio dentro del proceso penal, que MAIER⁵ sostiene que la violación de las reglas acerca de la publicidad del debate representan, de ordinario, un motivo absoluto de casación formal.

³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ob. cit., p. 213.

⁴ BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 196.

⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II, "Parte general", ps. 132 y 133.

Por último, y no por ello menos importante, el *principio de igualdad de armas* es el que consagra la igualdad de condiciones de todos los que intervienen en el proceso. Este implica una igualdad en las oportunidades de ofrecimiento de pruebas, pero también exige que el marco de producción y control de aquellas sea equitativo.

Cabe aclarar que este principio no es absoluto sino que el derecho de interrogar y hacer interrogar a los testigos —consagrado en el art. 6.3, letra d, de la Convención Europea de Derechos del Hombre— constituye sólo un aspecto particular del imperativo general de equidad del art. 6.1 de la referida Convención.

Ahora bien, enunciados como han quedado los principios que rigen en el proceso penal vinculados con el tema en estudio, el objetivo de este trabajo consiste precisamente en exponer, con finalidades de orden práctico, el análisis que ha realizado la Corte Europea en los distintos casos en los que, por la forma en que se recabó la prueba o por la manera en que se llevó a cabo el procedimiento, alguno de ellos fue puesto en trance. La intención es mostrar, en particular, cómo argumenta la Corte en los distintos casos, con el objetivo de poner en evidencia las exigencias básicas de legitimidad que deben reunir los procedimientos llevados a cabo con medios de prueba especiales.

Para eso, se planteará en cada caso la plataforma fáctica y luego se expondrán los argumentos de las partes, en especial los agravios de la defensa. Por último, se hará mención a los criterios que elabora la Corte Europea en cada uno de ellos para arribar a la solución que considera más justa.

Cabe aclarar que, cuando en lo sucesivo se haga referencia a la “Corte”, se está aludiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos y, al hacer mención a la “Comisión”, con ello se alude a la Comisión Europea de Derechos del Hombre.

Por último, es necesario precisar el contenido del artículo 6.1 y 6.3.d, de la referida Convención, al que acude la defensa en sus argumentaciones en todos los casos que se expondrán y es, por lo tanto, el que interpreta la Corte para establecer sus alcances.

Así el artículo 6º establece: “1. En cuanto a la determinación de (...) cualquier acusación penal, todos tienen derecho

a ser oídos en una audiencia justa y pública (...) por un tribunal independiente e imparcial (...).

"3. Cualquier persona acusada de un delito penal tiene los siguientes derechos básicos: (...) d) examinar y hacer examinar a los testigos presentados en su contra y lograr la asistencia y el interrogatorio de los testigos de su parte en las mismas condiciones que los testigos presentados en su contra."

§ 41. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA CUESTIÓN. —

a) CASO "TEIXEIRA DE CASTRO"⁶: Los hechos de este caso pueden resumirse de la siguiente manera: en conexión con una operación de monitoreo de tráfico de droga, dos oficiales vestidos de civil de la policía pública de seguridad tomaron contacto con un individuo (V.S.), de quien se sospechaba que se dedicaba a traficar sustancias estupefacientes en cantidades menores para poder afrontar el pago de la droga que consumía —principalmente *hashish*—.

Los oficiales esperaban, a través de V.S., lograr identificar a su proveedor y, con este interés, le ofrecieron comprarle la referida sustancia. Así, sin saber que estos eventuales compradores pertenecían a las fuerzas de seguridad, V.S. accedió a conectarse con su proveedor pero, a pesar de la presión ejercida por los oficiales, no pudo tomar contacto con aquel.

Al poco tiempo, el 30 de diciembre de 1992, los dos oficiales se dirigieron nuevamente a la casa de V.S. y le manifestaron que esta vez estaban interesados en la compra de heroína. V.S mencionó el nombre de Francisco Teixeira de Castro como la persona que podía proveerle aquella sustancia, aunque manifestó no recordar su último domicilio, por lo que, para obtenerlo, tuvo que recurrir a otra persona (F.O.).

De esta manera, V.S., F.O. y los dos oficiales de policía se dirigieron a la casa del imputado quien, al ser llamado por el segundo, salió de su casa y se dirigió al automóvil en el que se encontraban V.S. y los dos oficiales.

En ese momento los policías le comentaron que estaban interesados en la compra de 20 gramos de heroína y le extendieron cheques para el pago de la droga. Teixeira aceptó la oferta y, acompañado por F.O., se dirigió hacia su automóvil

⁶ Ver página *web* de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref.: 25829/94).

para luego conducir hasta la casa de otra persona —J.P.O.— quien, a través de otro sujeto, obtuvo la mercadería.

Finalmente, Teixeira llevó la droga a la casa de V.S., quien, tal como había sido pactado con los policías, los invitó a pasar para concretar la entrega de la heroína. En ese momento éstos se identificaron y arrestaron a Teixeira, a V.S. y a F.O. Cabe destacar que el imputado Teixeira tenía en su poder una cantidad de droga superior a la que le habían solicitado los oficiales de policía.

Durante el transcurso del proceso, Teixeira alegó que su detención fue ilegal por cuanto había infringido el art. 6.1 de la Convención.

Asimismo, argumentó que ella fue el resultado de la conducta inmoral e ilegal de los dos oficiales de policía, ya que el delito había sido cometido única y exclusivamente a instancias de ellos, quienes actuaron como agentes provocadores, en particular porque no se encontraban llevando a cabo un procedimiento contra el tráfico de droga ordenado por un juez.

En este caso, la Corte reiteró, tal como lo hizo en fallos anteriores, que la admisibilidad de prueba es primariamente materia de regulación de la ley nacional y, como regla general, lo es para los tribunales nacionales que están sujetos a ella y son quienes la evaluarán. Por tal motivo la Corte expresó que la obligación impuesta por la Convención y que a su conocimiento compete no es la de decidir acerca de cuáles declaraciones testimoniales son correctamente admitidas como prueba, pero sí determinar qué procedimientos, en su conjunto, incluso la manera en que es obtenida la prueba, son justos.

En este punto, advirtió que la utilización de agentes encubiertos debe ser restringida y las medidas de seguridad impuestas, aun en los casos relacionados con la lucha contra el tráfico de droga. Mientras que el aumento del crimen organizado indudablemente requiere que se tomen medidas adecuadas, el derecho a una mejor administración de justicia mantiene, sin embargo, un lugar importante que no puede ser sacrificado por razones de conveniencia.

Así, también mencionó que los requerimientos generales expresados en el art. 6 de la Convención se aplican a todos los procedimientos que conciernen a todos los tipos de delitos criminales, desde el más simple hasta el más complejo y que

el interés público no puede justificar la utilización de pruebas obtenidas como resultado de una incitación policial.

Al analizar el presente caso, la Corte también resaltó que los hechos bajo estudio debían distinguirse del de “Lüdi v. Switzerland”⁷, en el cual el agente de policía en cuestión había prestado juramento, el juez a cargo de la investigación no desconocía su misión y las autoridades suizas, informadas por la policía alemana, habían abierto la investigación preliminar. De esta forma, el agente policial se había limitado a actuar dentro de su rol como agente encubierto.

Por ello la Corte mencionó que, a fin de determinar si se estaba en presencia de un caso similar, era necesario verificar si las actividades de los dos oficiales de policía implicados fueron más allá del rol de agentes encubiertos. En este punto, el Tribunal advirtió que el Gobierno no había indicado que la intervención del oficial de policía tuvo lugar como parte en un procedimiento contra el tráfico de droga, operación ordenada y supervisada por un juez. Tampoco que las autoridades competentes tenían buenas razones para suponer que Teixeira de Castro era un traficante de drogas. Al contrario, no tenía registros criminales y tampoco se había abierto ninguna investigación preliminar referente a él. Ciertamente, no era conocido por los oficiales policiales, quines sólo entraron en contacto con él a través de los intermediarios V.S. y F.O.

Además, continuó expresando la Corte, las drogas no se hallaban en la casa del acusado; él las obtuvo de una tercera parte que, a su vez, las consiguió de otra persona. Tampoco el fallo de la Suprema Corte indica que, en el momento de su detención, el acusado tenía más droga en su poder que las cantidades que los oficiales policiales habían solicitado. No hay evidencia para sostener el argumento del gobierno de que el acusado estaba predispuesto a cometer delitos.

Sobre la base de estas circunstancias fácticas, la Corte concluyó que los dos oficiales de policía no se limitaron a investigar la actividad criminal de Teixeira de Castro de una manera pacífica, sino que ejercieron su influencia lo suficiente como para incitar la comisión del delito.

⁷ Ver página *web* de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref.: 12433/86).

Por último, la Corte advirtió que, en sus decisiones, los tribunales domésticos expresaron que el imputado había sido acusado principalmente por las declaraciones de los dos oficiales de policía.

Sobre la base de estas consideraciones, concluyó manifestando que las acciones de éstos fueron más allá de las de agentes encubiertos y ello por cuanto instigaron el delito y no había nada para suponer que sin su intervención éste hubiera sido cometido. Aquella intervención y su uso en los procedimientos criminales impugnados significan que, desde el principio, el acusado fue definitivamente privado de un juicio justo.

Consecuentemente, la Corte decidió que había existido una violación al art. 6.1 de la Convención.

Como se advierte, de la doctrina de este fallo pueden deducirse una serie de criterios que para la Corte parecen delimitar la actuación de quien actúa como agente encubierto, de aquel que lo hace, en exceso de tal actuación, como agente provocador. Así, por ejemplo, como pautas de significación para arribar a la conclusión de que la persona investigada no hubiese obrado ilícitamente de no ser por el actuar policial, se hace referencia a su carencia de antecedentes condenatorios o investigaciones criminales, a la falta de contacto directo o de conocimiento de aquel con el sujeto que actúa como agentes de las fuerzas de seguridad y la circunstancia de no hallar en su poder el objeto del delito.

b) CASO "*EDWARDS AND LEWIS V. THE UNITED KINGDOM JUDGMENT*"⁸: Los hechos de este caso pueden resumirse así: el 9 de agosto de 1994, siguiendo una operación encubierta, Martin John Edwards fue arrestado en compañía de un policía encubierto conocido como "Graham". En la camioneta *van* en la que fueron arrestados se encontró una valija que contenía heroína. El 7 de abril de 1995, el imputado fue condenado.

El primer argumento de la defensa del imputado consistió en agravarse de que, en el momento de su detención, él creyó que estaba tomando parte en una transacción para vender

⁸ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref.: 39647/98; 40461/98).

joyas robadas. Expresó que, el día anterior a su arresto, había sido contactado por una persona llamada Lerway, quien le preguntó si estaba interesado en ir a Birmingham para arreglar un negocio relativo a las joyas en el cual Lerway era un intermediario de otra persona conocida como "Martin".

Así, mencionó que accedió a que Lerway lo pasara a buscar por su casa al día siguiente.

El imputado expresó que, pese a que ese había sido el arreglo, a la mañana siguiente le informaron que los planes habían cambiado, ya que "Martin" se encontraba viniendo para Londres, razón por la cual accedió a acompañar a Lerway a una casa, lugar por donde los buscarían un automóvil Jaguar colorado y una camioneta *van* blanca. El conductor del Jaguar se presentó como "Jeff" y el de la *van* como "Graham".

"Jeff" le entregó a Lerway una maleta que contenía dinero. Todos ellos se dirigieron al hotel Clive, lugar en el que se encontrarían con "Martin".

Ya en el hotel, Lerway decidió quedarse con el dinero dentro del automóvil y le solicitó que constatará si "Martin" había llegado. De esta forma, ingresó al hotel y allí se encontró con un sujeto de nombre Jim Humphries, quien le informó que los planes nuevamente habían cambiado, por cuanto "Martin" se encontraba en ese momento en Euston.

Por tal razón, Humphries y Lerway le solicitaron que tomara un taxi a Euston y trajera a Martín al hotel.

Así, siguiendo las instrucciones, encontró a "Martin", quien, al verlo, le manifestó que se hallaba con cierta urgencia por cuanto tenía otros compromisos, y luego de hablar por teléfono celular con Lerway y con Humphries le dio la llave de una habitación de un hotel cercano y le explicó que las "cosas" estaban en un maletín, allí adentro.

En acuerdo con Graham, se encontró con él en la entrada del hotel. Allí el nombrado le sugirió que lo acompañara hasta la habitación. Ya en ese lugar, Graham forzó la cerradura del maletín y cuando el imputado salió del baño, le expresó que estaba todo listo para retirarse.

De esa forma, regresaron a la *van* donde abrieron el maletín y, momentos después, el imputado fue arrestado.

En su defensa, el imputado manifestó que de todos aquellos que participaron en la transacción mencionada, sólo él fue arrestado, razón por la que sospechó que los otros par-

ticipantes eran agentes de policía encubiertos o informantes que actuaban bajo las instrucciones de policías, pero sus identidades y oficios nunca le fueron revelados.

Previo a iniciarse la celebración del juicio del imputado, la acusación puso en conocimiento de la defensa que había hecho una solicitud para mantener en reserva evidencia utilizando como fundamentación de su pedido el antecedente "Rowe v. Davis, Johnson y Rowe"⁹.

El juez, quien consideró el material en ausencia de la defensa, concluyó que existían razones de genuino interés público para mantenerlo en reserva.

En el curso del procedimiento, previo a la intervención de la Corte Europea, el gobierno reveló por primera vez que el material probatorio utilizado ante el juez del juicio incluía información que indicaba que el imputado había estado envuelto en la venta de heroína antes de que comenzara la operación llevada a cabo por los agentes encubiertos.

Por otra parte, Lewis, el segundo imputado, también dio su versión acerca de los hechos y expresó que había sido engañado por agentes encubiertos, quienes lo llevaron a cometer el delito.

También solicitó al juez que ordenara al fiscal que proveyera mayor información y documentación, incluyendo aquella relacionada con el interrogante acerca de si alguno de los participantes en el delito que se le reprochaba había actuado como informador o agente encubierto.

El juez, sin embargo, luego de oír al fiscal, determinó que había intereses públicos en juego, razón por la cual cierta evidencia no debía ser revelada a la defensa.

Llegado el caso a la Corte, ésta, al igual que en el fallo comentado con anterioridad, recordó que, a pesar de que la admisibilidad de prueba es un asunto de legislación nacional, los requerimientos de un proceso criminal justo bajo el art. 6 de la Convención establecen que el interés público en la lucha contra el crimen no puede justificar el uso de evidencia obtenida como resultado de la incitación policial.

Haciendo referencia a los hechos del caso "Teixeira de Castro"¹⁰, la Corte mencionó que en aquél las actividades

⁹ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref.: 28901/95).

¹⁰ Ver nota 5.

de los dos oficiales de policía fueron más allá de las de los agentes encubiertos, no limitándose a investigar la actividad criminal del acusado de una manera pacífica, sino que ejercieron su influencia lo suficientemente como para incitar la comisión de un delito.

En aproximación con esta conclusión, la Corte puso el acento en el hecho de que la intervención de los dos oficiales no fue parte de una operación judicial supervisada y que las autoridades nacionales no habían tenido buenas razones para sospechar del acusado como anteriormente envuelto en el tráfico de estupefacientes: no tenía antecedentes penales y no había nada que sugiriera que se predisponía a involucrarse en la venta de droga antes de que fuera arrestado por la policía.

Por otra parte advirtió que, bajo la ley inglesa, a pesar de que el argumento de haber sido engañado no constituye una defensa sustancial para contrarrestar una acusación criminal, el juez tiene el deber de determinar los procedimientos en los que existe un abuso de proceso o de excluir toda prueba obtenida mediante engaño de aquellos ámbitos en que su admisión puede tener un efecto adverso.

También la Corte mencionó que es, en cualquier evento, un aspecto fundamental del derecho a un juicio justo que los procedimientos criminales sean contradictorios y que haya igualdad de armas entre acusación y defensa. El derecho de un adversario procesal significa, en una causa criminal, que ambos, acusación y defensa, deben gozar de la oportunidad de tener conocimiento de la observaciones halladas y la prueba aducida por la otra parte (en igual sentido la Corte se expidió en el fallo “Jasper v. The United Kingdom”¹¹).

Además, apuntó que el artículo 6 de la Convención requiere que la acusación muestre a la defensa todo el material de la evidencia que tenga en su poder para sostener la imputación.

En este punto, la Corte, sin embargo, advirtió que dar a conocer la evidencia relevante no es, sin embargo, un derecho absoluto. Así, refirió que en cualquier procedimiento criminal debe haber intereses competitivos, tales como la seguridad nacional o la necesidad de proteger a testigos de riesgos de

¹¹ Ver página *web* de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 27052/95).

represalias o mantener en secreto métodos policiales de investigación criminal, los cuales deben ser sopesados con los derechos del acusado.

Por ello, en algunos casos será necesario negar algunas pruebas a la defensa con el objeto de preservar el derecho fundamental de alguna persona o para salvaguardar un importante interés público. Sin embargo, aclaró que sólo aquellas medidas restrictivas de los derechos de la defensa, estrictamente necesarias, son permitidas por el art. 6.1 de la Convención.

Además, en orden a remarcar que el acusado debe recibir un juicio justo, refirió que cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación en sus derechos, debe ser suficientemente balanceada con los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales (tal como lo expresó en el fallo “Jasper v. United Kingdom”).

Pero a continuación aclaró que, en casos en que la evidencia ha sido negada a la defensa en apoyo de un interés público, no era tarea de la Corte decidir si tal declaración era estrictamente necesaria desde que, como regla general, son los tribunales nacionales los que determinan la prueba que debe producirse. Sin embargo, en muchos casos, incluido el presente, en el que la evidencia en cuestión nunca ha sido revelada, expresó que no le sería posible intentar medir el interés público en la negación al acusado de tomar vista del material probatorio. Debe de allí examinarse que se trate de un proceso adecuado que asegure, dentro de lo posible, procedimientos adversativos y equidad de armas y que incorpore adecuados resguardos para proteger los intereses del acusado (en igual sentido se expidió en “Jasper v. United Kingdom”).

A continuación la Corte trajo a colación el referido fallo “Jasper v. United Kingdom”, en el cual examinó el procedimiento seguido por el Tribunal de Apelación en “Davis, Johnson y Rowe”¹². Allí se mencionó que la evidencia que es muy cuidadosamente relevada a la defensa es examinada *ex parte* por un juez de juicio y que, precisamente, el hecho de que sea un magistrado, con pleno conocimiento de las implicancias en el debate, quien carga con el ejercicio de balancear el interés público de que se mantenga la confidencialidad de la evidencia

¹² Ver página *web* de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 28901/95).

y la necesidad de la defensa de que le sea revelada, era suficiente para dar cumplimiento al art. 6.1.

Así, se estimó que resultaba satisfactorio cuidar que la defensa fuese suficientemente informada, que pudiese hacer deferencias y participar en el proceso de toma de decisiones, dentro de lo que fuera posible, sin revelar a ésta el material que estuviera relacionado con la obligación de guardar secreto por los intereses públicos en juego.

Hechas estas consideraciones, la Corte expresó que en el presente caso aparece el no revelamiento de evidencia relatado, como un asunto de hecho decidido por el juez de juicio. Cada acusado se sintió agraviado por haber sido engañado y, de esta forma, impulsado a cometer el delito por uno o más oficiales de policía encubiertos o informantes. En orden a concluir si el acusado fue realmente víctima de incitaciones inapropiadas por la policía, fue necesario que el juez de juicio examinara un número de factores, incluidas las razones de la operación policial, su naturaleza y grado de participación en el delito y la existencia de alguna incitación o fuerza aplicada por la policía. Habiendo logrado la defensa persuadir al juez de que la policía actuó incorrectamente, el seguimiento de la causa tuvo, en efecto, que haber sido discontinuado.

A pesar de ello, durante el curso de los procedimientos criminales, el acusado y sus representantes no fueron informados del contenido de la evidencia no revelada, y así se les denegó la posibilidad de contar con su alegación, lo que debió haber sido un dato relevante para las conclusiones de los jueces.

Bajo la ley inglesa, donde exista una vinculación de la prueba con un interés público que se pretende proteger y que, por tanto, no es deseable que sea conocida por la asistencia del acusado, el juez del pleito debería encontrar un equilibrio para medir a favor del no revelamiento.

En estas circunstancias, la Corte consideró que en el procedimiento empleado para determinar los presupuestos del revelamiento de la evidencia y el engaño no fueron satisfechos los requerimientos de proveer el procedimiento adversario, la equidad de armas y la incorporación de medidas de resguardo para proteger los intereses del acusado, de lo que sigue que hubo una violación al art. 6.1 de la Convención.

Del análisis de este fallo surge con evidencia que el acceso de un acusado a la información es un derecho no absoluto, es decir, de aquellos que admiten restricciones en casos concretos. Sin embargo, afirma la Corte, tocará al juez que interviene sopesar el interés público en juego con el derecho del acusado y su defensa de acceder al material probatorio, de acuerdo con los principios apuntados.

c) *CASO "VAN MECHELEN Y OTROS V. THE NETHERLANDS"*¹³: En este caso la policía recibió información relativa a que los imputados eran los perpetradores de varios robos y que operaban desde dos casas rodantes. Por ello, se decidió adjudicar la investigación a un equipo de operación policial a fin de que los mantuvieran bajo vigilancia.

El 26 de enero de 1989 observaron tres autos –un Mercedes Benz, un BMW y un Lancia– que se retiraban de una de las casas rodantes, uno atrás del otro. En esta oportunidad, los policías anotaron los números de chapas patente de los referidos vehículos.

Ese mismo día, unos minutos después, el agente de correo de la ciudad fue asaltado. La ventana de la oficina postal fue rota por un auto que retrocedió y que se encontraba equipado con una barra de acero. Uno de los ladrones, armado con una pistola, forzó al personal del correo a que le hicieran entrega de 70.000, en moneda holandesa.

Los ladrones abandonaron el Mercedes Benz y huyeron en el BMW. Los policías, que habían sido alertados por radio, siguieron al BMW y vieron que se dirigía hacia un camino de arena que conducía a un bosque. Más tarde observaron una columna de humo que provenía de aquel lugar y notaron que el automóvil BMW se había prendido fuego.

Cuatro policías en un patrullero vieron a un auto colorado, que resultó ser un Lancia, que abandonaba el bosque y se dirigía por el mismo camino de arena por el que había transitado el BMW, razón por la cual comenzaron a seguirlo.

Durante la persecución, los hombres que se encontraban en el Lancia abrieron fuego contra los policías. El móvil policial

¹³ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 21363/93).

fue dañado y sus ocupantes heridos, logrando quienes ocupaban el Lancia darse a la fuga.

Los tres automóviles –el Mercedes Benz, el BMW y el Lancia– fueron identificados como aquellos que habían sido vistos cuando abandonaban las dos casas rodantes durante las tareas de vigilancia realizadas. Hacía allí se dirigió la investigación y señalamiento de los acusados.

Los imputados, sin embargo se agraviaron del hecho de que los policías que intervinieron en la operación eran anónimos, ya que sólo se encontraban registrados por un número, razón por la cual concluyeron en que no tenían competencia para investigar y por lo tanto, sus declaraciones no podían ser tomadas como prueba de cargo para fundamentar sus condenas.

Aquí la Corte refirió que, como los requerimientos del art. 6º, párrafo 3º, deben ser observados como aspectos particulares del derecho a un juicio justo, garantizado por el art. 6º, párr. 1º, deberán examinarse los agravios bajo el art. 6º, párrs. 1º y 3º, tomados conjuntamente.

En este caso, también la Corte reiteró que la admisibilidad de evidencia es, primeramente, una cuestión regulada bajo la ley nacional y, como regla general, lo es por los tribunales nacionales que determinen la prueba que se produce ante ellos. En este sentido, refirió que la tarea de la Corte derivada de la Convención no es la de establecer reglas acerca de cuándo las declaraciones de los testigos deben ser correctamente admitidas como evidencias, pero sí afirmar cuándo los procedimientos, en su conjunto, incluida la manera en que la evidencia es recolectada, son justos.

Además, señaló como principio que todo el material probatorio debe ser normalmente producido en audiencia pública, en presencia del acusado, con vista a los adversarios.

La Corte reconoció, de todos modos, que existen excepciones a estos principios, pero que éstas no deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, los párrs. 1º y 3º del art. 6, requieren que al defendido se le otorgue una adecuada y correcta oportunidad de poner a prueba y cuestionar a un testigo que declara en su contra, ya sea al momento mismo de su declaración o en un estado posterior (en este sentido la Corte se expidió en el fallo “Lüdi v. Switzerland”¹⁴).

¹⁴ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 12433/86).

Como en anteriores precedentes, la Corte refirió aquí también que la utilización de declaraciones efectuadas por testigos de identidad reservada para arribar a la culpabilidad no debe realizarse bajo circunstancias incompatibles con la Convención.

En aquellas oportunidades observó que resultaba cierto que el art. 6º de la Convención no requiere explícitamente que los intereses de los testigos en general y de aquellas otras víctimas llamadas a declarar en particular sean tomados en consideración. Sin embargo, aclaró que sus vidas, libertad y seguridad pueden estar en juego, así como muchos intereses relacionados generalmente con el ámbito del art. 8º de la Convención¹⁵. Aquellos intereses de testigos y víctimas son, en principio, protegidos por otras previsiones sustantivas de la Convención, lo cual implica que los Estados contratantes deberían organizar sus procedimientos criminales de tal forma que aquellos intereses no sean injustificadamente puestos en peligro.

En contra de esta visión, los principios sobre un juicio justo además requieren que, en algunos casos, los intereses de la defensa sean balanceados con los de aquellos de testigos o víctimas llamados a declarar.

Sin embargo, si el anonimato de los testigos del procedimiento es mantenido, la defensa deberá enfrentarse con dificultades que los procedimientos criminales generalmente no suelen involucrar.

En concordancia con esto, la Corte ha reconocido que en estos casos el art. 6º, párr. 1º, tomado conjuntamente con el art. 6º, párr. 3º, d de la Convención, requiere que las desventajas con las que la defensa trabaja sean suficientemente so-

¹⁵ Dice el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.

"2. No puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria a la seguridad nacional, a la seguridad pública, al bienestar económico del país, a la defensa del orden y a la prevención de infracciones penales, a la protección de la salud o de la moral, o a la protección de los derechos y libertades de otros".

pesadas en los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales.

Finalmente, la Corte apuntó que la convicción acerca de la culpabilidad de una persona imputada de un delito no debe basarse únicamente en una declaración anónima.

Luego de esta introducción, la Corte se expidió acerca de la aplicación de las consideraciones expuestas más arriba. Así, refirió que la cuestión relativa al balance de los intereses de la defensa respecto de los argumentos a favor de mantener el anonimato de testigos trae especiales problemas si los testigos en cuestión son miembros de las fuerzas policiales de Estado. Ello, por cuanto, a pesar de que sus intereses —y, asimismo, el de sus familias— merecen protección bajo la Convención, debe reconocerse que sus posiciones son, en algún punto, distintas de las de aquellos testigos o víctimas desinteresadas. Ellos tienen un deber general de obediencia para con las autoridades ejecutivas y, usualmente, tienen vinculaciones con la acusación; por estas razones, a su uso como testigos de identidad reservada sólo debería recurrirse en circunstancias excepcionales.

Por otra parte, la Corte ha reconocido en principio que, una vez asegurado que los derechos de la defensa han sido respetados, sería legítimo para las autoridades policiales reconocerles el derecho de preservar el anonimato del agente envuelto en actividades encubiertas por su propia protección y la de su familia y para tornar viable su utilización en operaciones futuras.

Habiendo considerado el lugar que el derecho a una justa administración de justicia ocupa en una sociedad democrática, cualquier medida restrictiva de los derechos de la defensa debe ser estrictamente necesaria. Así, si una medida menos restrictiva es suficiente, entonces esa es la que debe ser aplicada.

En el presente caso, los oficiales de policía en cuestión estuvieron en un cuarto separado con el juez de la investigación del cual el acusado, e incluso su abogado, fueron excluidos. Toda comunicación lo fue por medio de un sistema de conexión de sonido. La defensa fue no sólo ignorante respecto de la identidad del testigo policía, sino también privada de observar determinados comportamientos de los testigos so-

metidos a interrogatorios directos, de modo de posibilitar testear su credibilidad.

No fue explicado, para satisfacción de la Corte, por qué fue necesario recurrir a tales extremas limitaciones en el derecho del acusado a tener conocimiento de la evidencia que obraba en su contra, o por qué medidas menos restrictivas no fueron consideradas.

La Corte, en este caso, no logró persuadirse de que el Tribunal de Apelaciones haya hecho suficiente esfuerzo en determinar cuáles fueron las amenazas de represalias contra los oficiales de policía o sus familias. Tampoco surge de aquel pronunciamiento la búsqueda dirigida a resolver el interrogante referido a si los acusados estuvieron en posición de llevarlas a cabo o de incitar a otros a hacerlo por ellos. Su decisión fue basada exclusivamente en la seriedad de los delitos cometidos.

En relación con lo mencionado, la Corte refirió que también era notable el hecho de que el señor Encelen, un testigo civil, quien en los primeros estados del procedimiento efectuó declaraciones identificando a uno de los pretendientes como uno de los perpetradores del delito, no gozó de la protección del anonimato y no ha reclamado que él fue, en algún momento, amenazado.

A mayor abundamiento, la Corte refirió que la única evidencia con la que contó el Tribunal de Apelaciones –lo que llevó a la identificación positiva de los acusados como los perpetradores de los delitos– fueron las declaraciones de los oficiales de policía encubiertos. Eso significa que la demostración de culpabilidad de los imputados estuvo basada “como extremo decisivo” en esas declaraciones anónimas.

La Corte apuntó, además, que este caso debía ser distinguido del fallo “Doorson”¹⁶: en aquél lo decisivo se fundamentó en información contenida en un archivo del cual los testigos –ambos eran civiles y conocían al acusado personalmente– tenían conocimiento y además contaban con suficientes razones para creer que él pudo recurrir a la violencia. Asimismo, ambos fueron escuchados en presencia del abogado.

Además, en aquel caso, otra prueba que también proveía identificación positiva del acusado como el perpetrador de los

¹⁶ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 20524/92).

delitos imputados estuvo disponible desde el principio y a ésta se llegó independientemente de lo relatado por el testigo anónimo.

Por lo expuesto, la Corte entendió que los procedimientos, tomados en su conjunto, no fueron justos y que hubo una violación del art. 6º, párr. 1º, con el art. 6º, párr. 3º de la Convención.

d) *CASO "ATLAN V. THE UNITED KINGDOM JUDGMENT"*¹⁷: El 5 de julio de 1991, Armand Atlan, su hijo Thierry Atlan y Jean Pierre Terrason fueron condenados por importar ilegalmente 18 kg de cocaína en el aeropuerto de Heathrow, de Londres, hecho que había ocurrido el 3 de noviembre de 1990. Los imputados habían sido vigilados por oficiales durante cinco semanas antes de su arresto.

La maniobra delictiva, tal como la describió la acusación durante el juicio, consistió en que Armand Atlan había organizado la importación de la sustancia estupefaciente, valiéndose, para ello, de otra persona –el señor Smolny– para que actuara como correo desde Brasil a Copenhague y Londres e impartió órdenes a Terrason –con las instrucciones de Thierry– para que recogiera, como si se debiera a una equivocación, la maleta que llevaba Smolny en Heathrow.

La defensa destacó que no hubo ninguna prueba forense, fotográfica o video que respaldara la acusación, la que sólo se basó en un extenso relato de los dichos aportados por los oficiales de aduana en punto a lo que observaron.

Por otra parte, aquellos oficiales envueltos en el caso se rehusaron a confirmar o negar si habían utilizado a alguna persona como informante.

Aproximadamente cuatro años después de haber sido condenados, los imputados tomaron conocimiento a través de la prensa francesa de que un agente encubierto había escrito un informe llamado "The Mato Grosso Report", concerniente a sus investigaciones acerca del tráfico de droga entre Brasil y Europa.

Ante tal extremo, los imputados proveyeron de una copia de este informe al fiscal, quien se rehusó a confirmar o denegar

¹⁷ Ver página web de la Corte Europea: www.echr.coe.int (ref. 365333/97).

la autenticidad de su contenido y repitió que no hubo ninguna prueba no revelada relevante que hubiera sido utilizada en los puntos centrales del proceso.

Los condenados expresaron que el informe de Mato Grosso indicaba que Steiner —un supuesto informante— había tenido acceso tanto a joyas robadas como a la cocaína y que, paradójicamente, tenía una relación estable con las fuerzas de seguridad europeas.

Por tales motivos, los condenados se agravieron de haber sido privados de un juicio justo y manifestaron que hubo una violación al art. 6.1 y 6.3 de la Convención, los que expresamente establecen, el primero de ellos, que “en la determinación de cualquier acusación criminal, todos tienen derecho a ser justamente oídos por un Tribunal de juicio”, y el segundo, en su inciso d, que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a examinar o de hacer examinar a los testigos que declaren en su contra y de obtener la presencia y examen de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los que lo hacen en su contra”.

Llamada a expedirse la Corte acerca del presente caso, mencionó que en el fallo “Rowe v. Davis” ella ya había recordado que mientras que el art. 6.1 de la Convención requiere, en principio, que las autoridades encargadas de la acusación deban revelar a la defensa todo el material probatorio que tengan en su poder, a favor o en contra del acusado, en algunos casos será necesario negar alguna evidencia para preservar derechos fundamentales de alguna persona o para salvaguardar un importante interés público.

Sin embargo, agregó que sólo aquellas medidas restrictivas de los derechos de la defensa estrictamente necesarias son permitidas por el art. 6.1 de la Convención. Más aún, en orden a enfatizar que el acusado reciba un juicio justo, cualquier dificultad causada a la defensa por una limitación en sus derechos debe ser lo suficientemente sopesada por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales.

Asimismo, expresó que en casos en los que la evidencia ha sido negada a la defensa por razones de interés público, no era función de la Corte decidir si aquella falta de revelamiento era estrictamente necesaria desde que, como regla general, son los tribunales nacionales los que deben determinar la prueba que se produce ante ellos. En cambio, es

deber de la Corte decidir si las decisiones tomadas en los procesos se ajustan, lo mayormente posible, a los requerimientos de procedimientos adversarios y equidad de armas e incorporan adecuados resguardos para proteger los intereses del acusado.

La defensa de los imputados durante el juicio consistió en que ellos fueron falsamente implicados en la importación de cocaína por un hombre conocido como Rudi Steiner, respecto de quien creyeron que era un agente de aduana. Ninguna prueba referida a un informante o a Steiner fue puesta a disposición de la defensa y los oficiales de aduana involucrados en el caso se rehusaron a confirmar o negar si habían o no utilizado a un informante u oído sobre Steiner.

Antes y durante el juicio la acusación expresó que no hubo ningún material inusual de evidencia en su poder que no hubiera sido puesto a disposición de la defensa.

Sin embargo, cuatro años después de ser condenados y antes de ser oídos en su apelación, al descubrir la defensa prueba que no les había sido revelada durante el juicio, al plantearlo ante el Tribunal de Apelación para que lo considere, éste decidió que no era necesario revelársela.

La Corte expresó que las repetidas negaciones de parte de la acusación en primera instancia acerca de la existencia de un relevante material probatorio no revelado, y su error al no informar al Tribunal de juicio acerca de ello, no son concordantes con los requerimientos del art. 6.1 de la Convención.

En este caso, la Corte consideró que, al igual que en el fallo "Rowe v. Davis", el juez de juicio es quien se encuentra en mejor situación para decidir cuándo el no revelamiento de prueba sobre la base de un interés público podría ser perjudicial para la defensa.

En conclusión, determinó que en este caso hubo una violación al art. 6.1 de la Convención.

e) CASO "VISSEER V. THE NETHERLANDS": La plataforma fáctica del caso consistió en que "A" manifestó haber sido privado de su libertad y golpeado por dos desconocidos. Asimismo, que sospechaba que actuaban por orden de un tercer hombre. En 1988, durante la investigación preliminar, se imputó a "G" y a "D" la privación de libertad sufrida por "A". Como

evidencia para la imputación y posterior condena, se tuvieron en cuenta cintas de conversaciones de los testigos del secuestro y asalto a "A". Estas cintas describían cómo cuatro testigos fueron confrontados con "G" y "D". Los policías observaron que los testigos se comportaban como si estuvieran asustados y quisieran dejar la oficina lo más rápido posible. En esa ocasión ninguno de los testigos reconoció a los sospechosos. Uno solo dijo que el sospechoso lucía parecido al que había visto aquella noche. El problema surgió cuando la policía encontró a un quinto testigo que reconoció, entre las doce fotografías que le fueron exhibidas, a "G" y a "D", pero el/la testigo manifestó estar asustado y temer por las posibles represalias por parte de los sospechosos. Estos fueron condenados sobre la base del testimonio de el/la testigo con identidad reservada que los había reconocido de entre las doce fotografías que se le habían mostrado durante la investigación.

Se cita como caso relacionado y antecedente con testigo anónimo al fallo "Kostovski" (*leading case*) que cambia los requerimientos respecto a los testigos de identidad reservada tornándolos más estrictos: 1) la declaración del testigo con identidad reservada tiene que ser tomada por un juez que conozca la identidad de ese testigo; 2) el testigo tiene que explicar fundadamente las razones por las cuales no quiere dar su identidad, y 3) en concordancia con el principio consagrado en la Convención, respecto de la garantía de defensa en juicio, la defensa debe tener la oportunidad de hacer preguntas al testigo con identidad reservada.

Los imputados alegaron la violación del art. 6º, párr. 3º, inc d, de la Convención Europea.

Respecto de los argumentos brindados por la defensa, el acusado manifestó no haber sido sometido a un juicio justo en virtud de que la principal evidencia para someterlo al proceso surgía de la declaración de un testigo con identidad reservada. Así, mencionó que la forma en que había sido obtenido aquel testimonio fue insatisfactoria, por cuanto él no había podido ejercer de manera plena su derecho a defensa en juicio.

La Corte, en este caso, manifestó nuevamente no tener la obligación de expedirse acerca de la admisibilidad de la declaración de un testigo como evidencia, sino que su tarea

se limitaba a expedirse acerca de si el procedimiento fue o no justo.

En este sentido mencionó que, si bien explícitamente no se deben observar los intereses de los testigos, sí debe protegerse a éstos cuando existan ciertos riesgos de seguridad para aquéllos y para las víctimas llamadas a declarar. Pero, a su vez, manifestó que una resolución condenatoria no debía basarse únicamente en la declaración de un testigo de identidad reservada.

En el fallo "Doorson" (antecedente), la Corte consideró que la evidencia obtenida por un testigo con identidad reservada, bajo condiciones en las que los derechos de la defensa no son las que requiere la Convención, deben ser tratadas con extremo cuidado.

La Corte concluye que el procedimiento no fue justo y que por lo tanto existió violación al art. 6º, párrs. 1º y 3º, d, de la Convención.

f) CASO "KOSTOVSKI": Este caso opera como antecedente del anteriormente comentado ("Visser v. Netherlands Judgment"). Los hechos pueden describirse de la siguiente manera: en su petición nº 11454/85, presentada ante la Comisión, el 18 de marzo de 1985, Kostovski alegó la violación del art. 6º, párrs. 1º y 3º de la Convención, puntualizando que su agravio consistía en no haber contado con la posibilidad de presentar un cuestionario a los testigos anónimos ni de oponerse a sus declaraciones.

La Comisión, luego de admitir este planteo, el 3 de diciembre de 1986, elaboró un informe en el cual expresó que había existido violación del párrafo 1º, en conjunto con el párrafo 3º del art. 6º de la Convención.

La esencia del reclamo de Kostovski radicaba en el hecho de que no había sido sometido a un juicio justo y su reclamo lo justificaba sobre la base de los incisos 1 y 3 del art. 6º.

La Comisión llegó a la conclusión —objetada por el Gobierno— de que había existido una violación al párrafo 1º, conjuntamente con el párrafo 3º, d, del art. 6º.

El punto central del alegato del demandante fue el contenido de la evidencia, por parte del Tribunal de Distrito de Utrecht y del Tribunal de Apelaciones de Amsterdam, que

se basó en informes de las declaraciones de dos personas anónimas. Estos últimos habían sido escuchados por la policía y, en uno de los casos, también por el juez examinador.

En el análisis de esta cuestión, la Corte, como lo hizo en fallos anteriores, recordó que, desde el principio, la admisibilidad de la evidencia es, básicamente, un tema de regulación por ley nacional. Nuevamente, como norma general, manifestó que corresponde a los tribunales nacionales evaluar la evidencia que se les presenta.

A la luz de este principio, la Corte limitó su tarea a cerciorarse acerca de si los procedimientos, tomados en su totalidad, incluida la manera en que la evidencia fue considerada, fueron justos.

Siendo éste el tema fundamental, y también porque las garantías contenidas en el párrafo 3º del art. 6º son aspectos específicos del derecho a un juicio justo, establecido en el párrafo 1º, el Tribunal, como ya lo había manifestado en otras ocasiones, expresó que consideraría el reclamo del demandante desde el punto de vista de los párrs. 3º, d, y 1º tomados conjuntamente.

El Tribunal advirtió que solamente uno de los autores de las declaraciones, es decir aquel cuyas declaraciones fueron leídas en el juicio, era considerado, bajo la ley holandesa, un "testigo". Sin embargo, en consideración con la interpretación autónoma que se da a este término, ambos autores deberían ser tenidos en cuenta bajo esa definición, a los efectos del art. 6º, párr. 3º, d, de la Convención, debido a que independientemente de si las declaraciones de ambos fueron leídas ante el tribunal, lo cierto es que fueron tenidas en cuenta por éste.

Así, luego de esta introducción, la Corte refirió que, en principio, toda la evidencia debía exhibirse en presencia del acusado en una audiencia pública, con el propósito de que la defensa tuviera oportunidad de argumentar de manera adversa. Aclaró, asimismo, que esto no significaba que, para que tuvieran valor como evidencia, las declaraciones de los testigos siempre debieran ser prestadas en audiencia pública ante el tribunal, ya que la utilización como prueba de tales declaraciones, realizadas en las etapas anteriores al juicio, no resultaba en sí incompatible con lo establecido en los párrs. 3º,

d, y 1º del art. 6º, siempre que los derechos de la defensa hubieran sido respetados.

En este sentido, mencionó que, como norma, estos derechos requieren que al imputado se le brinde la oportunidad adecuada y correcta de poder recusar y cuestionar al testigo que declara en su contra, ya sea en el momento en que éste se encuentra realizando su declaración o en una etapa posterior del procedimiento.

En relación con los postulados expuestos concluyó que, en el presente caso, no se le otorgó al demandante esta posibilidad, aun cuando no existió duda alguna respecto de su interés de recusar y cuestionar a las personas anónimas involucradas. Así, refirió que al hecho de que estas personas no fueran escuchadas en audiencia pública se sumó el agravante de que sus declaraciones fueron tenidas en cuenta tanto por la policía como por el juez examinador, en ausencia del señor Kostovski. Por consiguiente, advirtió que en ninguna etapa del proceso pudieron estas personas anónimas ser cuestionadas directamente por la defensa o por su representante legal.

La Corte también apuntó que era cierto el hecho de que la defensa pudo, tanto ante el Tribunal del Distrito de Utrecht como ante el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam, cuestionar a uno de los oficiales de policía y a los dos jueces examinadores, quienes habían tomado las declaraciones, como así también que tuvo oportunidad, aunque solamente en relación a una de las personas anónimas, de presentarle un cuestionario escrito, indirectamente a través del juez examinador. Sin embargo, en este punto, aclaró que la naturaleza y el alcance del cuestionario, planteado de esta forma, fueron considerablemente restrictivos.

Así, mencionó que, respecto de este último aspecto del caso, si la defensa no estaba al tanto de la identidad de la persona a quien tenía interés de interrogar, se encontraba privada de aquellas particularidades que le permitirían demostrar que él o ella era parcial o no confiable. El testimonio u otras declaraciones que inculparan al acusado podrían resultar intencionalmente falsas o simplemente erróneas, y la defensa difícilmente podría demostrar aquello por carecer de la información que le permitiera probar la confiabilidad del autor o echar dudas sobre su credibilidad.

Más aún, la Corte puso énfasis en el hecho de que el tribunal de primera instancia fue privado, debido a la ausencia de estas personas anónimas, de poder observar sus conductas en el interrogatorio y, de esa manera, poder formar su propia impresión acerca de la confiabilidad de éstas.

En este punto, la Corte manifestó que, si bien resultaba cierto que una de las personas anónimas fue escuchada por los jueces examinadores, también lo era que, además de que ni el demandante ni su abogado estuvieron presentes en las entrevistas, los jueces examinadores desconocían la identidad de la persona, hecho que debió obviamente repercutir en la posibilidad de probar la confiabilidad de ésta. En lo que respecta a la otra persona anónima, no fue escuchada nunca por los jueces examinadores, sino solamente por la policía.

Posteriormente la Corte hizo referencias al argumento brindado por el gobierno en punto al fundamento brindado por la jurisprudencia y la práctica en Holanda respecto del mantenimiento del anonimato en materia de prueba, el cual consiste en el aumento de la intimidación a los testigos, que debe determinarse sobre la base de un balance de los intereses de la sociedad, del acusado y de los testigos.

Al analizar esta cuestión, la Corte refirió que, aunque el incremento del crimen organizado, sin lugar a dudas, demanda la introducción de medidas apropiadas, el argumento brindado por el gobierno debía rechazarse, por cuanto el derecho a una administración de justicia equitativa sustenta un lugar tan prominente en una sociedad democrática que no puede ser sacrificado en pos de una ventaja momentánea. Así manifestó que la Convención no excluye la confianza en la etapa de investigación de los procesos penales, en fuentes tales como las que provienen de declaraciones de informantes anónimos. Sin embargo, el uso consecutivo de las declaraciones anónimas como evidencia suficiente para decidir acerca de una condena, como en el presente caso, es un asunto distinto por cuanto se produjeron limitaciones a los derechos de la defensa, las que resultaban incompatibles con las garantías incluidas en el artículo 6º.

La Corte, por tanto, concluyó que, bajo las circunstancias de este caso, las limitaciones que afectaron los derechos de la defensa fueron tales que el señor Kostovski no recibió un juicio justo. Por ello, determinó que existió una violación al

párrafo 3º, d, conjuntamente con el párrafo 1º del art. 6º de la Convención.

g) CASO “*BIRUTHIS Y OTROS C/LITHUANIA*”: En este fallo, tres lituanos querellaron al Estado de su país por haber sido privados de un trato justo, y por haber sido lesionado su derecho de defensa, ya que se los condenó a partir de evidencia anónima.

Los hechos del caso son los siguientes: los recurrentes, mientras completaban sus respectivas sentencias por delitos anteriores en la prisión de Pravieniskes, fueron acusados de participar en un motín en dicha prisión, sucedido el 15 de enero de 1997.

El tercero de los recurrentes, que había salido de prisión en febrero de ese año, fue detenido en el marco de la investigación preliminar; durante ésta, dos testigos declararon a favor de aquél, en tanto que los otros dos recurrentes no presentaron testigos de descargo.

La Corte Regional de Kaunas condenó a esos dos recurrentes a diez años de prisión, por considerarlos partícipes y organizadores del motín, y provocadores de que otros presos de menor importancia tomaran parte en él; en cuanto al tercer recurrente, fue sentenciado a seis años de prisión, pues se consideró que sólo había participado del suceso.

La sentencia de los dos primeros recurrentes fue basada en el testimonio de diecisiete y diecinueve, en cada caso, testigos anónimos –en su mayoría participantes y, en algunos casos coorganizadores del motín, además del de cinco o seis guardiacárceles– cuyos testimonios fueron grabados en la investigación preliminar en los que les imputaron directamente el hecho de haber encabezado el motín. Si bien dos de los testigos cambiaron sus declaraciones durante el juicio –antes en contra y ahora a favor de los dos recurrentes– el Tribunal consideró que dicho extremo se debió a la presión ejercida por los recurrentes contra éstos. La Corte Regional fundó además su sentencia en “evidencia indirecta, grabaciones de inspecciones en el lugar, evidencia material y exámenes de expertos”. En cuanto al tercer recurrente, su participación se probó con el testimonio de seis testigos anónimos grabados en la investigación previa. Los acusados apelaron la senten-

cia, pues consideraron que los testimonios anónimos eran inválidos porque no habían podido ser controlados por sus abogados, y por ignorar otra evidencia. La Corte de Apelaciones desestimó las apelaciones, al igual que lo hizo la Suprema Corte respecto del recurso de casación intentado.

En el fallo se puso de manifiesto que el derecho de Lituania prevé, en caso de graves delitos, la utilización de testigos anónimos; asimismo, está contemplado que, durante la investigación preliminar, nadie, excepto el fiscal, el juez y el investigador, puede tener acceso a la prueba. El tribunal de juicio puede interpelar a los testigos anónimos, en audiencia pública o privada, y en presencia de las partes, si lo considera necesario.

Respecto de los derechos violados, los recurrentes alegan que se violaron los incs. 1º y 3º del art. 6º de la Convención (derecho a ser oído por el Tribunal y a examinar y hacer examinar los testigos).

Ahora bien, en este caso la Corte expresó que el Tribunal, en los precedentes "Doorson v. The Netherlands" (26/03/96) y "Van Mechelen y otros v. The Netherlands", había manifestado que los testigos anónimos no son, en toda circunstancia, incompatibles con la Convención, y ha recomendado que, cuando se los utilice, los derechos de defensa estén suficientemente equilibrados por los procedimientos seguidos por la autoridad judicial. Además refirió que la convicción no puede basarse sólo en los testimonios anónimos.

En el caso del tercer recurrente, el Tribunal observó que éste había sido condenado únicamente por las manifestaciones de los testigos anónimos, por lo que concluyó en que se había violado el derecho de defensa y de proceso justo respecto de aquél.

En cuanto al primer y al segundo recurrente, el Tribunal sostuvo que la forma en que fueron obtenidos los testimonios anónimos y la negativa a la posibilidad de su control eran inaceptables a la luz de los incs. 1 y 3 del art. 6º de la Convención.

h) CASO "DOORSON V. THE NETHERLANDS": En este caso, el señor Desiré Wilfred Doorson, nacional de los Países Bajos, querelló al referido Estado por haber sido presuntamente so-

metido a un proceso judicial injusto, y condenado sobre la base de pruebas violatorias de la Convención para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Las circunstancias del caso se resumen de la siguiente manera: en un operativo antidrogas, la policía había detenido a varios adictos, a quienes les mostró cierta cantidad de fotografías, para que cada uno identificara a su proveedor.

Varios de éstos, quienes luego declararon como testigos, identificaron al recurrente, quien fue detenido, y luego, a partir de esos testimonios y de otras pruebas, condenado. Ocho testigos declararon ante la policía bajo identidad reservada (anónimos).

La policía citó al imputado; le mostró la fotografía suya que había sido enseñada a los testigos, pudiendo éste reconocerse en ella; por ello, quedó detenido y fue sometido a proceso.

Con fundamento en las declaraciones anónimas, las de los testigos conocidos, la de expertos y las de personal policial, sumadas a las fotografías precedentemente referidas, el autorreconocimiento del recurrente, etc., el recurrente fue condenado a quince meses de prisión, pues ya tenía antecedentes de delitos relacionados con el tráfico de drogas, de los que se descontó el tiempo que llevaba detenido.

Las instancias por las que pasó el caso fueron el Juzgado de Investigación Preliminar, la Corte Regional, la Corte de Apelaciones y la Suprema Corte y, en todas ellas, se lo encontró culpable del delito.

Previo a hacer referencia a lo manifestado por la Corte europea en este caso, es preciso aludir a la regulación legal sobre este tema en el derecho local:

1) El Código de Procedimiento Criminal otorga al ministerio público la facultad de llamar testigos y expertos para ser oídos, de lo que dará traslado al acusado. Si existen razones, las audiencias pueden ser cerradas.

2) El tribunal tiene el derecho de desechar prueba superflua.

3) La jurisprudencia de la Suprema Corte de los Países Bajos determinó que era lícito utilizar testigos anónimos, siempre y cuando se cumpliera con los estándares determinados

por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el fallo "Kostovski" y la Convención.

Ante el panorama expuesto, el recurrente acudió a la Corte Europea, pues consideró que en su caso se había violado lo dispuesto por el art. 6º, incs. 1 y 3, d, de la Convención.

La Corte Europea, como lo venía haciendo en otros fallos, comenzó refiriendo que reiteradamente se había considerado que la admisibilidad de la prueba era un problema de regulación del derecho nacional. Luego pasó a mencionar que no en todas las circunstancias el testigo anónimo es contrario a lo dispuesto por la Convención. Así expresó que la seguridad de los testigos, sobre todo en casos como estos, en que están expuestos a represalias por parte de los acusados o cómplices, tornaba razonable la reserva de identidad.

En este punto también refirió que no había violación del art. 6º cuando los derechos de la defensa respecto del control de los testimonios alcanzaba el grado de satisfacción previsto en la Convención y ese procedimiento era seguido por las autoridades judiciales.

Por otro lado manifestó que podía ser razonable que el Tribunal conociera la identidad de los testigos y la defensa no, siempre y cuando aquella contara con la posibilidad de interrogar, al menos, a alguno de éstos.

Así, concluyó que lo anteriormente referido, sumado al hecho de que el recurrente se reconoció a sí mismo en la fotografía, los testimonios de los testigos anónimos a los cuales la defensa pudo inquirir, el testimonio del experto y del personal policial, los antecedentes, etc., y atendiendo a que los sucesivos pronunciamientos no se basaron exclusivamente en los testimonios anónimos, ponía de manifiesto que, en este caso, el proceso fue justo, y por lo tanto no puede hablarse de una violación al art. 6º de la Convención.

§ 42. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. — Como puede observarse, en todos los casos descriptos se plantean, por distintos motivos, cuestiones controvertidas respecto al derecho de las partes —en especial el de la defensa— a controlar la prueba en aquellos casos en los que se ha recurrido a la intervención de agentes encubiertos, informantes o testigos de identidad reservada.

En este punto, la cuestión principal se centra en la discusión relativa a dar a conocer o no la identidad de éstos.

Por eso, una vez que se ha optado por pronunciarse a favor de la reserva de identidad de aquellos, el debate se centra en cómo lograr que el agente o testigo preste testimonio y pueda ser interrogado por las partes sin violar la confidencialidad y reserva otorgadas.

A partir de esta situación dilemática es preciso dejar planteadas las situaciones que pueden generar un agravio relativo al derecho de las partes en el control de la prueba, y en cada una de ellas expresaré la solución que, a mi criterio, considero más justa.

La primera es la relativa a la incorporación por lectura de las declaraciones prestadas durante la investigación por los testigos de identidad reservada. En estos casos, si las partes no han tenido la oportunidad de ejercer un control suficiente, éstas no podrían ser incorporadas de esta manera al debate, por lo que cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso contaría con la posibilidad de oponerse a tal medida.

La segunda es aquella relativa a los testigos que son citados a juicio. Una vez presentes éstos en la sala de audiencia, pueden concurrir tres situaciones distintas:

1) Que presten declaración sin la presencia en la sala del imputado y su defensa, quienes luego serán puestos en conocimiento de los dichos del testigo.

2) Que aquella declaración se reciba en presencia del imputado y su defensa pero bajo ciertos recaudos, como por ejemplo, separándolos por intermedio de un vidrio espejado de un solo lado que, con un sistema de instalación acústica, haga posible oír lo que sucede en la sala contigua, sin ver al testigo.

Como lo señaló la Corte Europea en el fallo "Kostovski", estas dos últimas situaciones atentan contra la posibilidad que tiene la defensa de evaluar gestos, comportamientos y reacciones y, por tanto, tornan prácticamente imposible juzgar la credibilidad de aquellos testigos.

3) Como última alternativa, puede suceder que el testigo declare sólo en presencia del defensor. Este caso es el único que, a mi modo de ver, resultaría aceptable. Nótese que el artículo 6.3 de la Convención menciona entre los derechos del imputado el de interrogar o "hacer interrogar" a los testigos, con lo cual esta exigencia se encontraría salvada si su

defensor, que actúa en su interés, puede interrogarlos y observarlos para evaluar su credibilidad.

Sin perjuicio de haber dejado sentada mi opinión, y como puede observarse de la gran cantidad de casos en los cuales la Corte Europea ha tenido que expedirse, la pregunta continúa abierta: ¿cuáles son los casos en los que la valoración de la prueba constituye una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, debiendo catalogarse como prueba prohibida?

La respuesta surgirá, a mi entender, a la luz de los intereses en juego, las circunstancias y particularidades de cada caso concreto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

PARTE TERCERA
LA NATURALEZA ECONÓMICA
DE LA CRIMINALIDAD
ORGANIZADA

CAPÍTULO IX

UNA INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA*

Esta introducción tiene por objetivo analizar de forma crítica la política criminal actual sobre el tema de la lucha contra la criminalidad organizada en el sector del derecho penal económico. Se partirá, en consecuencia, con el análisis, por un lado, del fenómeno de la criminalidad organizada económica y, por otro lado, de los puntos claves de la legislación de contraste.

Naturalmente, la amplitud del tema implica decidir sobre la elección del método: es decir, seleccionar los perfiles estadística e históricamente más interesantes, con el fin de evitar cierta arbitrariedad en las decisiones que puedan modificar el resultado.

§ 43. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. — Veamos la cuestión de la criminalidad organizada. En primer lugar, no existe una única definición del concepto, pues oscila entre aspectos sociológicos y perfiles normativos de descripción que modifican el concepto existente. En resumen, la criminalidad organizada puede ser vista como una organización de personas con la finalidad de cometer delitos de elevada desvalorización social y claro contenido económico.

El número mínimo de participantes en la asociación, su imputabilidad y la naturaleza de los delitos-fines constituyen en realidad “pseudoproblemas”. Sin embargo, es importante

* Por ANDREA CASTALDO. Profesor ordinario de Derecho Penal (Università di Salerno). Secretario General para Europa del ICEPS.

considerar, a los efectos de la definición del concepto, la potencialidad ofensiva, ya que ésta está muy arraigada en la noción de organización criminal, así como su *know-how* de peligrosidad. Estos valores intrínsecos, de hecho, están en relación directamente proporcional con la presumible comisión de delitos, cuantitativamente y cualitativamente relevantes en los campos económicos y políticos. Veamos entonces algunas de las características de la criminalidad organizada.

a) *LAS RAZONES SOCIOECONÓMICAS DE SU EXISTENCIA*: Un aspecto muy importante por considerar es el relativo al supuesto carácter "natural" que reviste la formación del crimen organizado. Si bien de hecho, en la literatura penalista y no penalista, ha prevalecido siempre la idea de considerar el *topos* criminalidad organizada como una anomalía contemporánea, al mismo tiempo se ha reconocido que representa casi una inevitable proyección de la sociedad actual.

Por eso, el conocimiento y la toma de conciencia de la ontológica que da lugar a la criminalidad organizada es, según mi opinión, el primer paso para una correcta focalización del problema. Conviene entonces precisar algunas cuestiones.

La dinámica de las relaciones sociales y la complejidad de las estructuras funcionales producen, hoy en día, como reacción consecuente, la cohesión interpersonal. En otras palabras, el individuo selecciona socios basándose en los intereses y objetivos comunes y procura formar una sociedad con ellos para optimizar los resultados.

Si esta búsqueda asociada de optimización de resultados en el contexto social y económico se desplaza sobre la vertiente de la ilegalidad, emerge *ictu oculi* la realidad "natural" de la organización criminal.

La finalidad de cometer delitos que generen fuertes ganancias (*rectius*: de acumular provecho, en términos de prestigio y poder económico, mediante el delito) está garantizada, en mayor medida, por la asociación de hombres en contraposición a la actuación meramente individual. Entonces es posible hacer una primera reflexión: mientras la criminalidad clásica se basaba sobre todo en la realización del delito, la criminalidad organizada, en cambio, tiene su fundamento en

el *pactum sceleris*, y por tanto se caracteriza por la índole indeterminada de los delitos que se cometen.

Al mismo tiempo, es lógico pensar que el perfil de la organización íntimamente arraigado en la asociación criminal implica un efecto multiplicador. En los hechos, la consolidación de la estructura criminal se autoalimenta de los propios resultados, generando una tendencia de crecimiento bajo los perfiles subjetivo (número de los asociados) y objetivo (delitos en los cuales se invierte la fuerza de la asociación).

Si estas premisas son exactas, necesitamos entonces calibrar la respuesta sancionadora de modo que se neutralicen al menos los *inputs* que han determinado el asociacionismo criminal.

Quiero analizar brevemente este punto. La primera reflexión es que una estrategia de lucha que tiene como objetivo reprimir el delito mediante el poder de disuasión de la sanción es seguramente poco congruente, ya que el acento se pone sobre los efectos y no sobre las causas. Teniendo en cuenta que la severidad de la pena conlleva algún poder de disuasión, todo lo que puede producir será simplemente la transformación de la actividad delictiva. Por eso, una política (criminal) sería tendrá que intervenir sobre las razones que hacen mayor presión sobre el individuo para formar parte de la organización criminal.

La segunda reflexión surge necesariamente de la primera y se vincula con la utilidad que reporta la pertenencia a la organización criminal. En tal sentido, las teorías económicas representan una gran ayuda para un primer análisis funcionalmente correcto.

Veamos: no es un misterio que la criminalidad organizada eche fuera su humus, reclutando mano de obra entre los estratos socialmente más débiles: para éstos, de hecho, muchas veces la misma organización criminal constituye la única fuente de ganancias y la conquista de un "papel social", si bien con connotaciones negativas.

La utilidad esperada de la conducta que deriva de la participación criminal es en total muy elevada, y también lo es la utilidad marginal. De este modo, son excesivamente fuertes tanto el riesgo que el asociado está dispuesto a correr como el impulso motivacional que lo sostiene.

La conclusión del discurso es intuitiva: las estrategias eficaces para enfrentar la criminalidad organizada tienen que intervenir en una doble área: 1) bajar el nivel de utilidad económica para el reo, creando alternativas sociales a la desviación; 2) incrementar la carga psicológica de la participación para el asociado, atacando a la asociación para delinquir como *modus vivendi*.

La primera línea de intervención (preventiva) es extrapenal; la segunda (represiva) es de política criminal. Esto determina el problema entre eficacia y garantías.

Por eso parece natural que la represión penal de la asociación criminal tenga que encontrar un equilibrio justo entre principios-guía del sistema penal y la eficacia represiva. En efecto, si abstractamente el hecho de disuadir al individuo de pertenecer o no a la organización criminal está en relación con la severidad de la pena y con la vaga delimitación de los confines típicos de los casos específicos de asociación, el límite insuperable está marcado tanto por exigencias de proporcionalidad de la pena como por la taxatividad del tipo penal, teniendo también en cuenta su carácter ofensivo. La eficacia del sistema penal debe estar vinculada en consecuencia con el respeto de tres principios fundamentales: proporcionalidad de la pena, taxatividad del tipo penal, ofensividad de las conductas imputadas.

b) *LA RELACIÓN ENTRE CRIMEN ORGANIZADO Y CRIMINALIDAD ECONÓMICA*: El identikit criminológico de Sutherland a propósito del delincuente de "cuello blanco" hoy es tan anacrónico como equivocado.

La criminalidad económica (otro concepto excesivamente genérico) se basa en realidad en distintas dinámicas de comportamiento. En resumen: la delincuencia económica clásica estaba perfectamente integrada en la sociedad; el crimen representaba para el individuo un paréntesis aislado en el camino de su vida, y era considerada una expresión de elecciones individuales temporáneas.

Sin embargo, la delincuencia económica contemporánea está nuevamente *organizada*: es una expresión de asociación de individuos no integrados, y que por medio del crimen intentan obtener prestigio y reinserción social.

La misma importancia tiene el hecho de que la criminalidad asociativa se ha expandido al mundo económico: las ganancias que derivan del crimen vienen reinvertidas en circuitos económico-financieros legales, sea con el objetivo de descontaminar su origen ilícito, sea por las grandes ganancias que tal actividad produce.

A pesar de ello, las distintas modalidades de ingreso en el mercado están viciadas y presentan defectos: por una parte la indebida presión que nace de la fuerza de intimidación que posee la organización criminal, y por otra los demás delitos que se cometen para adquirir poder en el campo de la inversión elegida previamente (delitos tributarios, corrupción, balances falsos, perturbación en las subastas, etc.).

Como una consecuencia del perfil económico de la organización criminal, debe verse su extensión más allá de las fronteras nacionales.

§ 44. LA INTERNACIONALIZACIÓN. — Solo una breve alusión merece la internacionalización del fenómeno, ya que se trata de un resultado intuitivo. La caída de las fronteras comerciales, la globalización del mercado y de las bolsas, el comercio electrónico, han generado no solamente alianzas estratégicas entre grupos criminales, sino sobre todo su extraordinaria flexibilidad para delinquir. Esto significa poder operar rápidamente en territorios cuya respuesta es más satisfactoria, en términos de asignación de recursos a la propia identidad criminal. A partir de este diagnóstico del problema cabe considerar algunas líneas para enfrentarlo.

a) *LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA*: Para comenzar conviene hacer una síntesis de lo hasta aquí expuesto. La criminalidad económica organizada se caracteriza por tres aspectos: 1) la naturaleza transfronteriza; 2) la indiferencia respecto al delito-fin, y 3) el aumento del vínculo de estabilidad de la organización.

Frente a un escenario como este, es necesario preguntarse cuáles serán las líneas legislativas de contraste antes de evaluar su fundamento.

b) *LA RESPUESTA LEGISLATIVA A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA:* Con referencia a la asociación para delinquir, la intervención normativa se puede sintetizar en tres grandes directivas: 1) la cooperación judicial internacional; 2) el reconocimiento de lo que puede llamarse premios procesales, y 3) la simplificación del rito probatorio.

El aspecto más sorprendente en el campo de la respuesta legislativa es, sin lugar a dudas, la caracterización procesal (y solo indirectamente sustancial) de la estrategia de enfrentamiento al crimen organizado.

Aquí debe señalarse que de hecho el legislador, para atacar el fenómeno asociativo, ha preferido recurrir a dos aspectos fundamentales en materia procesal: los incentivos del arrepentimiento –los *pentiti* o arrepentidos– y a mecanismos de exoneración de la carga probatoria. Este primer paso representa a la vez la primera derrota del Estado, y no solo por su aspecto ético (que aparece en juego con la reducción o renuncia de la pena por el crimen), sino particularmente bajo el aspecto pragmático que justifica esta línea de acción.

Recurrir a la infiltración de agentes externos o al arrepentido de la asociación criminal significa reconocer la imposibilidad de combatir la organización desde el exterior. Por lo que se refiere a la simplificación de la prueba, el proceso se hace campo propicio para las determinaciones fundamentales de orden político-criminal. Esto produce una grave alteración de los principios procesales y de la propia consideración de los tipos penales.

Por esas razones, el mensaje de fondo para los operadores del sistema penal es el siguiente: ya que la dificultad de la prueba en los procesos de criminalidad organizada se encuentra en relación con el requisito de comprobación de la existencia del vínculo y de la participación del *intraneus*, el caso específico típico –la figura penal en sí misma– carece de requisitos de contenido. De esa forma se busca facilitar la comprobación de su existencia.

Esta tendencia es particularmente visible (y exasperada) en el caso de la legislación italiana que prevé el concurso externo en la asociación mafiosa: el castigo del concurrente externo es seguramente un caso anómalo desde el punto de vista fenomenológico, pues elabora una figura suspendida entre una tercera persona extraña y el participante en la aso-

ciación ilícita, forzando los criterios de complicidad y coautoría. Esto ha determinado la existencia de verdaderas acrobacias técnico-jurídicas imaginadas por la jurisprudencia para sostener su legitimidad, con la intención de escapar a la más rigurosa carga de la prueba respecto a la participación, conformándose con las delimitaciones inciertas y difuminadas del concurso externo.

§ 45. EL EJEMPLO DE LA LEY DE LAVADO DE ACTIVOS. — Según nuestro criterio, un punto de vista distinto tiene que plantearse en lo que se refiere a la lucha contra la delincuencia económica, dentro de la matriz de la delincuencia organizada.

Un ejemplo paradigmático, debido a la suma importancia que reviste en la economía mafiosa y por el simbolismo del hecho, es la lucha contra el reciclaje. Por otra parte, las *guide-lines* elaboradas en la materia han sido recogidas y exportadas para otros delitos, y son éstas las que representan el banco de pruebas sobre las cuales comprobar la eficiencia de la actual respuesta penal a la delincuencia económica.

a) *LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE"*: La obligación de informar y controlar constituye la primera línea de acción cuando hablamos de prevención del crimen. Se trata de una opción político-criminal por sí sola indiscutible, pero la elección de los sujetos sobre los que cae tal obligación, y su extensión, están sujetas a muchas críticas.

El titular de la actividad económica tiene como obligación el comunicar a la autoridad institucional encargada de la vigilancia los flujos de información relacionados con su papel; de lo contrario se expone inevitablemente al riesgo de una autodenuncia. De hecho, la obligación por parte del administrador —como se ha previsto en una reciente ley alemana— de documentar rápidamente la situación de crisis en la que se encuentra la sociedad representada, si bien responde seguramente a las exigencias correctas de tutela anticipada de terceros y del patrimonio social, acaba por obligar al destinatario a informar sobre hechos que entren abstractamente en una *notitia criminis*.

b) *EL DERECHO PENAL DEL SOSPECHOSO Y LA DILACIÓN*: El mecanismo seguido para comprobar los delitos potenciales es muy importante. El particular colabora con el Estado y tiene que señalar las operaciones sospechosas, especialmente el reciclaje.

Es interesante observar sobre todo cómo este esquema estratégico se está utilizando con mayor frecuencia en el circuito económico-financiero. El legislador considera que el operador financiero, aprovechándose de la experiencia acumulada y de su profesionalidad, tiene capacidad para seleccionar operaciones anómalas, y por lo tanto para señalar a la autoridad investigadora indicios adicionales. De este modo, el privado se convierte en una especie de "policía auxiliar".

c) *LOS LÍMITES DE LA ESTRATEGIA*: *In primis*, el hecho de recurrir a la señalación del sospechoso certifica, de nuevo, la incompetencia del Estado para afrontar (prevención y comprobación) el fenómeno criminal.

La línea previamente elegida es además muy característica, ya que exige al obligado una selección investigativa de las conductas que se han puesto a su examen, pero que en el ambiente de trabajo es de difícil ejecución práctica. Por lo demás, la generalización del principio hoy difundido en el sector económico nos puede llevar a resultados paradójales: es como pretender que el que vende armas individualice al comprador homicida, o el farmacéutico a la persona que puede envenenar. Pero los verdaderos lazos de la estrategia descrita se advierten cuando se trasladan al particular los deberes de diligencia y de control.

Pongamos atención: en este caso no solamente se le exige al tercero (el policía auxiliar), sino que además se descarga sobre éste los costos ingentes de la operación de monitoreo y control. Es más, se acaba incluso por sancionar la conducta no colaboradora del tercero.

Por ello, la prestación impuesta se hace económicamente onerosa, y ni siquiera se compensa con algún incentivo fiscal u otro tipo de exención de impuestos sobre los instrumentos necesarios para realizar la actividad a la que se está obligado.

Es inútil decir que una línea de comportamiento similar es la mejor para los órganos públicos, ya que de este modo se consiente la realización de objetivos de prevención criminal sin ningún costo. Sin embargo, el impacto producido en la realidad es un poco dudoso: como ya sabemos, la eficacia de una norma se mide en términos de consenso del destinatario. *Y un operador económico que se ve obligado a hacer inversiones financieras a fondo perdido, sin esperanza alguna de ganancias, desempeñando el papel que le correspondía al Estado, seguramente no estará muy satisfecho del programa político-criminal.*

Antes de finalizar con la cuestión cabe decir que la estrategia descrita tiene otras anomalías. La actual línea de actuación se articula en un complejo y burocrático procedimiento, cuyo momento principal es cuando se señala la operación sospechosa a la autoridad central, la cual, después de realizar las investigaciones necesarias, puede remitir todos los papeles al Ministerio Fiscal.

Las consecuencias son evidentes: el tiempo necesario para la instrucción descripta determina un desfase entre el momento en el que se comete el ilícito y el inicio de la investigación formal, haciendo más difícil la verificación de la prueba. Pero sobre todo, el hecho más lógico y funcional es el bloquear la operación sospechosa mediante la delegación de los poderes correspondientes, para impedir la comisión del delito. A todo esto se tiene que añadir además la argumentación crítica de naturaleza criminológica. La estrategia de la lucha caracterizada por el filtro de la individualización de la operación y del cliente sospechoso nos da una descripción del perfil del delincuente demasiado ingenua.

Para entender esto, debemos partir de una doble e indiscutible premisa: por una parte nos encontramos con la existencia de una delincuencia con mucha experiencia y bien planificada, y por otra con el conocimiento por parte de la opinión pública de las operaciones "sospechosas"; es difícil creer que importantes organizaciones criminales caigan en las redes de estos filtros preventivos y de control.

Vistas estas cuestiones de orden procesal y político-criminal, debemos ahora enfrentar los problemas del derecho penal de fondo.

d) *LA EXPANSIÓN DE LA ESFERA DE TIPICIDAD (OBJETIVA Y SUBJETIVA)*: La conducta del reciclaje como hecho penal importante ha sufrido en el tiempo una progresiva expansión, desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Por lo que se refiere al aspecto objetivo, se ha producido una gran expansión de los llamados delitos precedentes o antecedentes, acabando por englobar en el lavado cualquier delito del que se obtenga alguna ganancia y ésta se pueda destinar al reciclaje (es lo que sucede en Italia).

En cuanto al aspecto subjetivo, la incriminación se ha ampliado a contemplar la *Leichtfertigkeit* (Alemania) o la culpa grave (España).

Nuevamente, una elección semejante en este campo es poco congruente con los objetivos prefijados. El reciclaje es un delito con una desvalorización y alarma social muy elevadas, ya que es expresión de la existencia de la criminalidad organizada. Por lo tanto, es justo que esta actividad ilícita sea reprimida adecuadamente.

Esto quiere decir que el reciclaje es un fenómeno disfuncional considerado en todo su aspecto macroeconómico, y no como un episodio aislado del delincuente. Asimismo, la actual estrategia de lucha sufre una incongruencia entre el método y el resultado: Esta pretende incluir en la tipicidad comportamientos poco compatibles con la realidad de la criminalidad organizada (¿es posible hipotetizar una criminalidad asociativa culposa?), acabando de este modo por malgastar recursos en términos de energía investigativa.

e) *LA EXTENSIÓN DE LAS OPERACIONES SOSPECHOSAS*: A pesar de las avanzadas reservas, el planteamiento legislativo europeo y el italiano demuestran la confianza puesta en la línea política elegida, extendiendo a otras categorías la obligación de control y señalación. No es difícil hacer un pronóstico sobre cómo la ineficacia del arma en cuestión se acentúa aún más delante de esta expansión.

De hecho, mientras el funcionario del banco o el operador financiero se encuentran, la mayor parte de las veces, con un cliente habitual, en modo tal que puede conocer todas sus actividades económicas y este hecho le permite hacerse un juicio menos arbitrario sobre la anomalía de una operación

realizada, no sucede lo mismo cuando tenemos delante un intermediario inmobiliario o un anticuario o un propietario de una casa de juego.

Aquí el cliente es, por definición, ocasional, y en el caso de la compra de un inmueble, la operación es por su naturaleza intrínseca de importe bastante elevado: me pregunto cuáles serán los parámetros en los que se base el destinatario de las obligaciones de vigilancia para tomar la decisión de señalar la operación, teniendo delante un extraño, y del cual se desconocen sus capacidades económicas y profesionales.

§ 46. EL INCREMENTO DE LOS DELITOS. — La extensión de lo que es penalmente relevante es otro *must* intocable en los programas político-criminales del legislador europeo. Por una parte, la ilusión de que la acción penal pueda resolver el problema de la delincuencia que se manifiesta en sus más variadas (y nuevas) formas, y por otra parte, la estrategia de ignorar las conductas mundiales que alimentan el circuito de la criminalidad organizada, son la base de la introducción de nuevos delitos.

Un ejemplo que nos puede ilustrar es el representado por la reciente ley italiana de ratificación y ejecución de algunos hechos internacionales: teniendo en cuenta las indicaciones de la Comunidad Europea, la normativa se aplica en el aspecto *sustancial* y en el *procesal*. Entre las distintas novedades se señalan, en cuanto al primer perfil, la extensión al funcionamiento comunitario o internacional de delitos contra la Administración Pública, y también los nuevos casos específicos de injusto.

Entre las novedades señaladas en el primer supuesto, la extensión al funcionario comunitario o internacional de los delitos contra la Administración Pública, junto con la nueva figura de la percepción indebida de erogaciones en perjuicio del Estado, hacen evidente la intención de reprimir fenómenos defraudatorios, que favorezcan a las organizaciones criminales mediante la obtención de beneficios por contribuciones de la Unión Europea.

Los objetivos político-criminales son aún más claros en la norma procesal que introduce el criterio de la confiscación por equivalencia, esto es, de bienes por un valor correspon-

diente al precio del delito cuando no sea posible disponer la confiscación de los bienes inmediatamente derivados de la conducta criminal.

Resulta, en efecto, evidente que, siendo el objetivo de la actividad ilícita la obtención de un determinado beneficio económico, la previsión de la inevitable pena patrimonial, desenganchada de la prueba sobre la relación causal con el delito cometido en términos de prevención general, más que de mera restitución o reparación, debería servir de disuasión al fenómeno criminal.

§ 47. LA DERIVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL. — Desde la óptica señalada de la progresiva expansión del derecho penal hacia áreas satélites con el fin de aislar la criminalidad organizada en su caracterización de delincuencia económica, se colocan los instrumentos normativos de auxilio o subvención de la Unión Europea. Obviamente, el proceso de creación de normas supranacionales, indispensable frente a un fenómeno ontológicamente transnacional, paga su precio en términos de “porosidad” en el contenido de las figuras penales represivas. Dicho de otro modo, la posibilidad de que las normas de producción (mediatas o inmediatas) europeas encuentren respectivamente aplicación o fuerza suficiente por su promulgación es directamente proporcional a la naturaleza del compromiso político de su aplicación, traducándose en los hechos en una fuerte indeterminación del tipo penal del *Tatbestand*.

Una prueba evidente de lo dicho se encuentra en la denominada “acción común” adoptada por el Consejo de la Unión Europea en el tema de corrupción privada. El art. 2 prevé la corrupción pasiva del sector privado “cuando una persona en el campo de su actividad profesional, intencionalmente solicita o recibe, directamente o mediante intermediarios, una ventaja indebida de cualquier naturaleza o acepta la promesa de esa ventaja para sí o para un tercero, por hacer u omitir una acción en violación de un acto o un deber”.

La violación de un deber, que constituye el centro de la conducta comisiva en la normativa comunitaria, es sin embargo definida solo merced el reenvío a la legislación nacional, pues dice que el deber es “aquello que es definido como tal

según el sentido del derecho nacional". De allí que en definitiva resulta evanescente todo contenido de ofensividad.

Las figuras de corrupción privada, que encuentran un antecedente significativo en la legislación penal alemana, donde fueron introducidas en 1997, si bien han aparejado efectos impensados en cuanto a su aplicación, quieren de todos modos representar un instrumento útil de auxilio en la lucha contra la criminalidad organizada, bajo el presupuesto de la capacidad de afectación del mercado económico de que disponen las asociaciones criminales.

§ 48. LA NECESARIA VERIFICACIÓN EMPÍRICA SOBRE LA EFICACIA DEL MODELO. — El panorama normativo descrito a grandes rasgos, a escala italiana y europea, diseña así un mosaico de instrumentos de lucha poco homogéneo entre ellos, y sostenido por un ideal —más que concreto— ligado a la cooperación judicial internacional. La intervención penal queda como el motor de las estrategias perseguidas, por un lado, a través del sistemático alargamiento del catálogo de delitos y disposiciones y por el otro mediante la extensión de los límites objetivos y subjetivos de los tipos penales. El objeto declarado de esa política es evitar, en cuanto sea posible, la masiva infiltración de la criminalidad mafiosa en el circuito económico-financiero, garantizar el respeto por las reglas de juego del mercado y de la *par condicio* en término de concurrencia.

Esa línea político-criminal, que juega a controlar los efectos (la afectación de la concurrencia leal en el mercado) más que a remover las causas (la asociación criminal en cuanto tal), es sobre todo la expresión de una decisión de renuncia que se recuesta sobre la contención del daño ante la imposibilidad de prevenir el fenómeno.

Más allá de la crítica metodológica que esto merece, se trata de una decisión que no ha resultado exitosa si se la analiza con el parámetro objetivo de la verificación empírica. Los datos estadísticos demuestran, en efecto, de manera concluyente el fracaso sobre el frente procesal de la política criminal adoptada. Los límites de esta exposición me impiden un examen cuidadoso, pero es suficiente recordar cómo la Seconda Relazione della Commissione Europea sobre la aplicación de las directivas sobre el reciclado, presentada al Par-

lamento Europeo y al Consejo en 1997, certifica el número extremadamente bajo, en el período 1994-1997, de señalizaciones de operaciones sospechosas en los países miembros. Todavía más ilustrativo resulta el confronto entre los señalamientos y las condenas derivadas de estos, pues allí se encuentra una elevada brecha. En esa línea se inscriben las cifras aportadas por Alemania a partir del *Bundeskriminalamt*, concerniente a la exigüidad de las condenas por lavado de dinero, incluida la escasa significación de las confiscaciones patrimoniales conseguidas.

§ 49. ¿SE PUEDE PENSAR EN SOLUCIONES? LA CONTRIBUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO. — Frente a un cuadro tan desalentador y objetivamente cierto, cabe entonces corregir o directamente invertir la dirección seguida. Lamentablemente, el escenario de *iure condendo* no invita al optimismo: los proyectos europeos (es decir, la propuesta de reforma de las directivas sobre el reciclado) y las normas italianas recientemente introducidas testimonian que la lucha contra el crimen organizado de carácter económico debe pasar necesariamente a través del filtro de la señalización de las operaciones sospechosas (cuyo catálogo se va incrementando) y la represión del reciclado de dinero, delito clave de la economía mafiosa (nuevamente con sanciones más severas y un alargamiento de sus confines). Se trata incluso de una política suspendida entre ingenuidad y falsa esperanza, descuidando totalmente toda reflexión sobre la lectura económica del fenómeno. La criminalidad organizada es, en efecto, extremadamente hábil en su proceder e incluso en la inserción dentro del mercado. De hecho, interpreta los gustos y tendencias de los consumidores, se hace fuerte en su radicación territorial y se propone como productor de bienes y servicios objeto de demanda por los clientes.

La capacidad negativa de la que dispone implica dos factores no secundarios: 1) la aptitud intimidante de la fuerza asociativa, y 2) la importante riqueza (ilícitamente obtenida) que tiene para invertir. Es natural, por tanto, que ya desde el origen la concurrencia y la libertad de iniciativa económica resulten viciadas por el desequilibrio de poder de la organización criminal.

Sin embargo, existe además un motivo ulterior de desequilibrio. La criminalidad organizada, si bien se la ve, puede disfrutar de un régimen de monopolio fáctico en áreas de altísimo retorno económico y con un número elevado de consumidores. Pensemos en la droga, la prostitución y todos aquellos sectores en los cuales el producto viene definido como ilícito. Incluso en aquellos campos donde la criminalidad organizada entra en función no sustitutiva, sino solo vicarial, del Estado o del particular, fácilmente logra apoderarse de nichos importantes del mercado.

Un ejemplo puede contribuir para aclarar la dinámica descrita. El mercado de juego clandestino, el contrabando de cigarrillos, el tráfico de armas, la falsificación de bienes de alto consumo, presentan como denominador común la oferta de un producto contemporáneamente inmerso en el mercado de los entes públicos o privados. Resulta incluso paradójal que en algunos casos el servicio es mejor en términos de precio final (debido a la evasión tributaria y social) y de desburocratización de la prestación de la oferta (en relación con el Estado).

Es suficiente poner atención a estas consideraciones quizás banales y al correlato con las leyes económicas que regulan el mercado (lamentablemente en ausencia de un alto sentido moral del consumidor), para comprender cómo estrategias de lucha empeñadas sobre el mero aspecto penal finalizan por ser vencidas frente a la dimensión social del fenómeno en juego.

Una aproximación pragmática no es entonces sinónimo de desconfianza o resignación; por el contrario, es el resultado de la conciencia en los límites de la respuesta penal.

Una selección cuidadosa de las figuras delictivas, miradas para golpear sobre los fenómenos delictivos realmente expresivos de la criminalidad organizada juntamente con una política de prevención que invierta recursos por corregir los desequilibrios sociales y de mercado, debe representar entonces el *leit-motiv* de la legislación futura.

CAPÍTULO X

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y MERCADO
ECONÓMICO-FINANCIERO*

§ 50. MODELOS DE REPRESIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EUROPA. — Las principales cuestiones problemáticas del fenómeno de la criminalidad organizada que surgieron con la evolución de los sistemas penales se deben a: *a)* la incriminación de la *participación* en una organización criminal; *b)* las *sanciones* para reprimir las ganancias ilícitas de la organizaciones, y *c)* los *medios* para una eficaz comprobación de los delitos.

Son tres los modelos para hacer frente al fenómeno experimentados por los distintos Estados miembros en Europa:

1) En Italia (y ahora en otros países, como Austria, Bélgica y Luxemburgo), el ordenamiento prevé, junto a una figura específica de delito de asociación, con la que se incrimina en forma autónoma la asociación ilícita¹, tipos particulares especiales como, por ejemplo y con referencia al ordenamiento italiano, el art. 416 bis, “Asociación de tipo mafioso” y, por último, el nuevo art. 270 ter, “Asociación con fines de terrorismo internacional”, introducido por el reciente decr. ley 374/2001 y que analizaremos a continuación. Dichas figuras especiales de asociación criminal concretan el esfuerzo de especificar los rasgos típicos del fenómeno criminal colectivo impuesto por la creciente exigencia político-criminal de una respuesta más adecuada a algunas formas graves de criminalidad caracterizadas por un vínculo asociativo estable.

* Por ANDREA CASTALDO.

¹ Artículo 416, Cód. Penal italiano, “Asociación para delinquir”.

2) Una solución distinta es la adoptada por los países del norte de Europa (como Finlandia, Dinamarca y Suecia), donde, por la menor incidencia social del fenómeno, no se ha advertido la necesidad de incriminar de manera autónoma la estructura colectiva de la organización criminal, distinguiéndola de tipos particulares especiales que expresan los caracteres principales de los tipos de asociación más graves.

3) El modelo de represión tradicional y hasta hoy más difundido en Europa incrimina la asociación en cuanto está dirigida a un programa genéricamente prohibido por la ley penal sin que se requieran requisitos especiales con relación a las modalidades de realización o a las estructuras colectivas que sustentan la actividad ilícita.

§ 51. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ECONÓMICA. — Más allá de las incertidumbres teóricas en cuanto a los contenidos exactos de la noción de criminalidad organizada, en este lugar queremos examinar sus caracteres principales, que, sustancialmente, consisten en que se trata de una organización de personas orientada a la comisión de delitos de gran desvalorización social. Esto, con el fin de sugerir las líneas de acción de una eventual estrategia de lucha contra el núcleo mismo del crimen organizado: el lavado de dinero.

a) *LAS INTERFERENCIAS CON EL MERCADO. LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA:* La apertura al mundo económico de la criminalidad asociativa se vincula con las posibilidades ofrecidas por el mercado de reinvertir en circuitos económico-financieros legales las ganancias provenientes de los “crímenes prototipo”, tanto con el objeto de limpiar su origen ilícito como por las grandes ganancias que tal actividad produce.

Se ha tratado de descubrir las características típicas de los sectores económicos donde la criminalidad organizada, por razones ligadas sustancialmente a la ausencia de una cultura empresaria y a la presencia de fines extraeconómicos, posee mayores posibilidades de adaptación: construcción, comercio, servicios públicos, restaurantes, tiempo libre y transportes. Estas son actividades que, si se observa bien, se distinguen por la escasa innovación tecnológica. Si este es el ámbito tradicional que ha sufrido la mayor capacidad de penetración

del crimen organizado en el último decenio, se ha notado una atención cada vez más marcada por los bancos y las sociedades financieras, testimoniada por las recientes intervenciones normativas de reglamentación del sector bancario, financiero y de seguros que han introducido severos estándares de transparencia y profesionalidad.

El marcado conflicto existente entre los distintos grupos, la elasticidad de la demanda de bienes y servicios ilegales y los costos de gestión elevadísimos que el monopolio criminal pretende en determinados sectores (prostitución, estupefacientes y todos aquellos en donde el producto es ilícito) parecerían confirmar la imagen de un mercado criminal muy dinámico, fuertemente localizado y en donde operan empresas criminales de estructura ágil y versátil.

En un mercado protegido, ajustado a la propensión predatoria-parasitaria de las empresas criminales, parece plausible afirmar que estas asumen una conducta centrada en la intimidación y la corrupción a través de la cual pueden aprovechar al máximo los espacios que han conseguido ganar. En un mercado competitivo, viceversa, donde la transparencia esté garantizada por un complejo de reglas e instituciones válido, el modelo precedente aparece como difícilmente utilizable, so pena de individualizar y expulsar a las empresas criminales. Un mercado transparente y abierto, pues, no tolera el uso de los típicos métodos violentos, cuyo abandono es condición necesaria por las posibilidades de mimetización en el mercado. El único paradigma racional que puede provechosamente adoptar es el empresario, y sus oportunidades competitivas quedan confiadas al desarrollo de recursos y capacidades de gerenciamiento. En caso contrario, el único rol posible de la empresa criminal en el mercado es el de crear oportunidades de lavado de dinero o encubrimiento de actividades ilícitas.

b) *LA INTERNACIONALIZACIÓN*: La caída de las fronteras comerciales, la globalización del mercado y de las bolsas, el comercio electrónico, han implicado no solo alianzas estratégicas entre los grupos criminales, sino sobre todo su extrema “flexibilidad delictiva”, en el sentido de poder operar rápidamente

en territorios de mayor respuesta, en términos de asignación de los recursos de acuerdo con su índole criminal.

§ 52. ESTRATEGIAS DE LUCHA. — La criminalidad económica organizada se caracteriza por: a) la naturaleza “transfronteriza”; b) la indiferencia respecto al delito fin, y c) la acentuación del vínculo de estabilidad de la organización.

Frente a un escenario como éste, es preciso preguntarse cuáles deben ser las pautas legislativas de represión que el ordenamiento internacional debe establecer en consideración, también, de las respuestas individuales dispuestas en los Estados miembros.

a) *EL ORDENAMIENTO ITALIANO*: El panorama normativo italiano plantea un mosaico de instrumentos de lucha, poco homogéneos entre sí, y unidos por el ideal —más que concreto— aglutinante de la cooperación judicial internacional. El desfase de tutela ha sido advertido sobre todo con relación a los recientes trágicos eventos internacionales que han mostrado el rostro más feroz de un terrorismo que aprovecha todas las ventajas de la organización criminal, es decir, las ventajas de una red de vinculaciones extendida en todo el mundo, y que se caracteriza por una renovada atención al mercado económico y financiero. Esto ha inducido al ordenamiento italiano, y no solo a éste, como veremos en seguida, a interrogarse sobre la eficacia de los instrumentos disponibles para una estrategia eficaz de represión del fenómeno. Las reflexiones se imponen sobre todo en el tema del lavado internacional de dinero proveniente del delito, que constituye el núcleo mismo del crimen organizado.

1. *La criminalidad organizada y el terrorismo*. A pesar de no estar completamente desprovistos de normas dirigidas a hacer frente al fenómeno del terrorismo, con las nuevas formas que ha asumido y con una dimensión cada vez más internacional, el gobierno italiano ha creído oportuno afinar las armas de la lucha, aprobando, luego de los trágicos eventos del 11 de septiembre de 2001, una serie de medidas ulteriores respecto de las adoptadas para las formas de criminalidad,

también organizada, hasta entonces conocidas y objeto de una específica represión penal.

Con este propósito, debemos destacar que respecto del nuevo comportamiento del fenómeno del terrorismo internacional, y hasta la aprobación del decr. ley 374/2001, no pueden encontrarse en nuestro ordenamiento normas eficaces para una idónea estrategia de lucha.

2. *El Código Penal y la legislación de emergencia.* El Código Penal italiano, aprobado en una época en la que la preocupación mayor era la de tutelar al Estado de ataques “internos”, no contiene instrumentos capaces de neutralizar la fuerza destructiva de los ataques “externos”, es decir, de quien se asocia para cometer actos de terrorismo, no en el territorio nacional, sino en otros Estados. Esto es aún más verdadero cuando se analizan con atención las normas del Código, como los arts. 270 bis y 416, señaladas como los posibles tipos penales de auxilio para llenar el desfase de tutela evidenciado, y la misma legislación penal de emergencia introducida con la sanción penal respecto de fenómenos criminales específicos.

El artículo 270 bis del Cód. Penal, rubricado “Asociación con fines de terrorismo y de subversión del orden democrático”², fue promulgado para combatir el fenómeno de las Brigadas Rojas. Colocado entre los delitos contra la personalidad del Estado, no parece prestarse a combatir a las asociaciones dirigidas a subvertir otros ordenamientos democráticos fuera del ordenamiento constitucional italiano. Esta interpretación de la norma resulta confirmada por las propias afirmaciones de la Corte de Casación, la que ha sostenido que “solamente el ordenamiento constitucional constituye el bien protegido por la norma. En consecuencia, si la finalidad de subversión o de terrorismo, que distingue el plan de actos violentos, no se refiere al ordenamiento constitucional italiano se está fuera

² Artículo 270 bis, Cód. Penal: “1. Aquel que promoviére, constituyere, organizzare o dirigiere asociaciones que se propongan el cumplimiento de actos violentos con fines de subversión del orden democrático será reprimido con reclusión de siete a quince años.

“Aquel que participare de tales asociaciones será reprimido con reclusión de cuatro a ocho años”.

del bien jurídico protegido por la norma prevista por el art. 270 bis del Cód. Penal”³.

Tampoco puede ayudar el art. 416 del Cód. Penal, que incrimina la asociación para delinquir. A pesar de ser una norma de carácter general, no se presta a una eficaz y específica acción para contrarrestar estas nuevas formas de terrorismo.

En el transcurso de los años, el legislador italiano ha dictado normas específicas para hacer frente a algunas formas de criminalidad, como la criminalidad organizada de tipo mafioso o la dirigida a desestabilizar las instituciones democráticas —el llamado “terrorismo nostrano” (o “local”)—, las cuales, sin embargo, no llegan a atacar eficazmente al terrorismo “globalizado”, que justamente en los últimos acontecimientos norteamericanos ha mostrado su rostro más feroz. La legislación penal de emergencia resulta ceñida a caracteres específicos que algunos fenómenos de criminalidad colectiva han presentado en los acontecimientos específicos italianos.

b) *EL PAQUETE DE MEDIDAS CONTRA EL NUEVO “TERRORISMO GLOBALIZADO”*: 1. *La estrategia de lucha contra el terrorismo desde el punto de vista financiero*. 1) *Las medidas antitalibanes*: El decreto ley 353, del 28/9/2001, se titula: “Disposiciones sancionatorias por la violación de las medidas adoptadas contra la facción afgana de los talibanes”. Con posterioridad al Reglamento promulgado por el Consejo el 6/3/2001⁴, que a) adopta disposiciones sobre el congelamiento de capitales o de otros recursos financieros con respecto a los talibanes; b) prohíbe la exportación de algunas mercaderías y servicios a Afganistán, y c) aumenta la prohibición de vuelos, el decreto promulgado por el Gobierno vuelve “nulos los actos realizados en violación a las disposiciones del Reglamento” (art. 1).

Resultan, entonces, prohibidas, y la prohibición ahora está unida a la sanción administrativa pecuniaria no inferior a

³ Cass., secc. VI, 1/6/99, “Abdaoui”.

⁴ El Reglamento del Consejo (Reg. CE 467/2001) sigue en orden de tiempo a la resolución de las Naciones Unidas 1333/2000, por la cual se adoptan sanciones contra los talibanes de Afganistán, la cual, al adoptarse de acuerdo al cap. VI de la Carta de las Naciones Unidas, tiene fuerza obligatoria para los Estados adherentes.

la mitad del valor de la operación misma y no superior al doble de su valor, actividades como: 1) trasladar, transferir, alterar o utilizar los capitales de manera de modificar su volumen, el importe, la colocación, la propiedad y el destino (congelamiento de capitales y de otros recursos financieros); 2) la venta y la exportación de algunas sustancias químicas determinadas (anhídrido acético) a organismos de Afganistán controlados por los talibanes; 3) el asesoramiento técnico y la asistencia en actividades de formación de militares; 4) el aterrizaje o el sobrevuelo del territorio de la Comunidad por parte de aviones que hayan despegado de una zona controlada por los talibanes; 5) la participación en actividades relacionadas que tengan por efecto la promoción de operaciones que eludan las prohibiciones.

La disposición prevé, además, una obligación de comunicación al Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de personas físicas o jurídicas, entidades y organismos, sobre la "entidad de los capitales y otros recursos financieros objeto de congelamiento". En caso de inobservancia de la obligación de comunicación indicada, el decreto prevé una sanción administrativa pecuniaria no inferior a la mitad del valor comprobado de la operación y no superior al doble de su valor.

ii) *El Comité de Seguridad Financiera*: El decr. ley 369, del 12/10/2001, se titula: "Medidas urgentes para reprimir y combatir el financiamiento al terrorismo internacional".

Otra pieza de la estrategia del Gobierno italiano en la lucha contra los "santuarios financieros" del terrorismo está constituida por la creación del Comité de Seguridad Financiera (CSF), con la doble función de: *a*) monitorear el funcionamiento del sistema de prevención y de represión, y *b*) coordinar las acciones italianas en este campo con las de los otros Estados.

La nueva estructura, que tendrá la duración de un año (eventualmente prorrogable), estará compuesta por exponentes del Ministerio de Economía, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Interior y de Justicia, como también de un representante de la Banca d'Italia, del Ufficio Italiano dei Cambi y un oficial de la Guardia de Finanzas.

El Comité, de acuerdo con la Banca d'Italia, debe individuar los ulteriores datos e informaciones, adquiridos sobre la base de la vigente normativa sobre lavado de dinero, sobre

usura y sobre los intermediarios financieros, que las administraciones públicas están obligadas a transmitir al propio Comité. Puede requerir ulteriores verificaciones al Ufficio Italiano dei Cambi y al Núcleo Especial de la Policía Monetaria. Cuando advierta la necesidad, puede también requerir el desarrollo de eventuales actividades informativas a la Guardia de Finanzas.

2. *Los nuevos tipos penales.* Están considerados en el decr. ley 374, del 18/10/2001, "Medidas urgentes para combatir el terrorismo internacional".

1) *La criminalidad organizada con fines de terrorismo internacional:* El artículo 1 del decreto introduce en el Código Penal italiano el art. 270 ter, rubricado "Asociación con fines de terrorismo internacional" y el art. 270 quater, "Asistencia a los asociados".

El artículo 270 ter señala: "La pena de reclusión de siete a quince años será establecida para quien promueva, constituya, organice, dirija, financie, aun indirectamente, asociaciones que se propongan cumplir actos de violencia contra personas o cosas en el extranjero, en perjuicio de un Estado extranjero⁵, en perjuicio de una institución o de un organismo internacional, con fines de terrorismo".

Se persigue a la asociación terrorista, por lo tanto, antes que pueda traducir en realidad trágica sus planes criminales, anticipando el umbral de punibilidad desde el cumplimiento de las actividades preparatorias. La pena será de reclusión de cinco a diez años para quien participe de tales asociaciones.

Dice el artículo 270 quater: "La pena de reclusión de hasta cuatro años será establecida para quien dé refugio, ofrezca hospitalidad, suministre medios de transporte, suministre instrumentos de comunicación; a quien participe de asociaciones subversivas (art. 270, Cód. Penal), asociaciones con fines de terrorismo y de subversión del orden democrático (art. 270 bis, Cód. Penal); asociaciones con fines de terrorismo internacional (art. 270 ter, Cód. Penal).

⁵ Este es el caso de los ataques, por ejemplo, a las embajadas de los Estados Unidos en otros Estados.

"La pena será aumentada en los casos de suministro continuo de hospitalidad, medios de transporte e instrumentos de comunicación.

"No será reprimido quien cometa el delito a favor de un pariente."

El artículo 1 también introduce modificaciones al art. 270 bis del Cód. Penal: *a)* aumenta los términos establecidos de reclusión (de cinco a diez años; antes, de cuatro a ocho años) para quien participe de asociaciones con fines de terrorismo y de subversión del orden democrático, y *b)* incluye, junto a las conductas descriptas por la norma (promoción, constitución, organización y dirección), el financiamiento, aun indirecto, de dichas asociaciones.

Extiende la necesidad de autorización para proceder, dada por el Ministro de Justicia, también para los delitos de asociación con fines de terrorismo internacional y de colaboración con dichas asociaciones (art. 270 bis y quater).

ii) *Otras novedades del decreto 374/01*: i) *Agravante para el terrorismo internacional*: El artículo 2, inc. 1, encuadra explícitamente dentro de la finalidad de terrorismo, que consiente el aumento de pena en su mitad, los casos de terrorismo que se refieran a un Estado extranjero, una institución o un organismo internacional.

ii) *Duración máxima de las investigaciones preliminares*: El artículo 2, inc. 2, prevé que, para los delitos cometidos con fines de terrorismo, ahora también internacional, el tope máximo de duración de las investigaciones preliminares es de dos años.

iii) *Arresto obligatorio en flagrancia*: El artículo 2, inciso 3, lo determina también para los delitos con fines de terrorismo internacional.

iv) *Autorización para interceptaciones y registros*: Está regulada en el artículo 3.

– *Interceptaciones*: En los procedimientos relativos a delitos de colaboración con asociaciones con fines de terrorismo internacional y a delitos cometidos con fines de terrorismo, ahora también internacional, es posible realizar interceptaciones, y la autorización se da mediante decreto fundado cuan-

do la interceptación sea necesaria para el desarrollo de las investigaciones y existan indicios suficientes.

– *Registros*: Ahora es posible, con relación también a delitos de terrorismo internacional, el registro de habitaciones de edificios enteros o bloques de edificios cuando exista motivo fundado de creer que allí se encuentren armas, municiones o explosivos, o bien que allí se haya refugiado un prófugo o un evadido.

v) *Actividades encubiertas*: En el artículo 4 se introduce una causa de no punibilidad para las actividades desarrolladas por los oficiales de la policía judicial en el curso de operaciones específicas previamente autorizadas, con el fin de adquirir elementos de prueba. No se reprimen, por lo tanto, cuando, aun indirectamente, adquieran, reciban, sustituyan u oculten dinero, armas, documentos o cosas objeto, producto, ganancia o medio para cometer el delito, u obstaculicen la individualización de la proveniencia o consientan su empleo.

vi) *Interceptaciones preventivas*: Por el artículo 5 pueden requerir autorización⁶ para la interceptación de comunicaciones o conversaciones, incluso por vía telemática, con fines de prevención de Delitos de terrorismo, también internacional, y de delitos de criminalidad mafiosa: 1) el Ministro del Interior (o, por delegación suya, los responsables de los servicios centrales, el Director de la Dirección de Investigación Antimafia solo para los delitos de criminalidad mafiosa; 2) el Jefe de Policía; 3) el comandante provincial de Carabineros, y 4) el comandante provincial de la Guardia de Finanzas.

El Procurador autorizará las operaciones solo ante sospechas fundadas, por el término de cuarenta días, prorrogables por otros veinte. El acta sintetizadora de las operaciones y los soportes utilizados serán destruidos por disposición del Procurador, una vez verificada la conformidad de la actividad con la autorización. Los elementos obtenidos a través de las actividades de prevención en ningún caso podrán ser utilizados en el proceso penal.

⁶ Al Procurador de la República ante el tribunal de la capital del distrito donde se encuentra el sujeto que debe ser controlado o, si indeterminado, del distrito en donde han surgido las solicitudes de prevención.

vii) *Medidas de prevención*: El artículo 7 establece que las disposiciones en materia de medidas de prevención, “odiosas”, porque funcionan antes de la comisión del hecho, se extienden también a quien está sospechado de delitos con fines de terrorismo, también internacional.

viii) *Las pruebas*: El artículo 8 permite la participación a distancia en el debate en los delitos con fines de terrorismo, también internacional, además de en los delitos de criminalidad mafiosa. Se establece ahora que el examen de las personas admitidas a programas o medidas de protección y de los imputados en delitos relacionados se desarrollará a distancia también en el ámbito de procedimientos por delitos con fines de terrorismo, incluso internacional.

c) *LA UNIÓN EUROPEA*: Con el fin de llenar las eventuales lagunas de protección presentes en determinados ordenamientos y de asegurar así un frente homogéneo de combate contra determinados fenómenos criminales, la Unión Europea en varias ocasiones ha renovado el intento de elaborar un núcleo esencial de normas comunes en una perspectiva de política criminal europea.

Con la revisión del Tratado de Amsterdam, la acción de la UE en la cooperación judicial en materia penal ha asumido contenidos que prefiguran un derecho penal común, totalmente impensado hasta hace pocos años. Con el fin de garantizar a los ciudadanos europeos un “espacio de libertad, justicia y seguridad” (art. 29, incs. 2 y 3, Tratado UE) y con relación a sectores cruciales como “criminalidad organizada, terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes”, la Unión debe adoptar progresivamente medidas que definan “normas mínimas en materia de elementos constitutivos de delitos y de sanciones” (art. 31, apart. e, Tratado UE).

Dicha base jurídica está apoyada en el compromiso político, varias veces renovado y precisado en sus contenidos y prioridades, de los Estados miembros. Es oportuno reproducir los pasajes más importantes de dicho itinerario político: 1) el plan de acción contra la criminalidad organizada de mayo de 1997; 2) el plan de acción del Consejo de Viena de diciembre de 1998; 3) las conclusiones del Consejo de Tampere de octubre de 1999, dedicado justamente a temas de la justicia,

y 4) el memorándum de la UE sobre la estrategia contra el crimen organizado, publicado el 3/5/2000.

Precediendo la realización de los objetivos fijados por el arriba recordado art. 31, apart. e, del Tratado UE, se presenta la solución a un interrogante de fondo: cuáles deben ser las normas mínimas comunes en materia de delitos y penas que se hagan valer en los sectores de la criminalidad organizada, del terrorismo y del tráfico de estupefacientes.

Si la perspectiva de delinear una parte general del derecho penal europeo aparece como científicamente estimulante, sin embargo dicha solución tendría consecuencias negativas desde el punto de vista histórico-dogmático: en efecto, la parte general de un sistema penal constituye la progresiva abstracción de reglas comunes a tipos penales especiales, que individualizan y circunscriben las exigencias de tutela penal advertidas en un momento determinado por la sociedad. Invertiendo dicho proceso lógico, no podrá llegarse a otra cosa que a la codificación de meras peticiones de principios absolutamente inútiles cuando no estén fundadas en un derecho penal realizado históricamente.

Por lo tanto, se ha optado por la creación de una parte especial, cuyo ámbito operativo de intervención debía elegirse entre un abanico de criterios posibles: la tutela de intereses propios de la propia UE (es paradigmático el sector de los intereses financieros), o bien del aspecto económico comercial, en donde el derecho penal se introduce en un proceso de armonización ya planteado en sede extrapenal (piénsese en una materia común en cuestiones de bancarrota, de fraude en el pedido de crédito o de abuso en la concesión de créditos y subvenciones), o bien también en directa relación con los fenómenos de criminalidad organizada de dimensiones supranacionales.

Los dos primeros ámbitos temáticos ya han sido objeto de propuestas elaboradas por equipos de investigación calificados: se trata, respectivamente, del *Corpus Iuris* en materia de "eurofraudes" y del más reciente y amplio proyecto de "eurodelitos" en materia económica, coordinado por el profesor Tiedemann y presentado en Freiburg en octubre de 2000.

Aparece luego un retardo importante en el estudio de normas comunes justamente en el ámbito expresamente indicado por el Tratado, o sea, en la cuestión arriba referida de la

criminalidad organizada. En este sector, como hemos visto, existe una gran disparidad de tutela dentro de cada Estado miembro y es donde, por lo tanto, se advierte una mayor exigencia de uniformidad.

De todos modos, hay que reconocer el reciente esfuerzo cumplido en el ámbito internacional justamente con el fin de llenar este desajuste, disponiendo una especial norma incriminadora útil para la acción de represión de las organizaciones criminales.

En el panorama de las propuestas presentadas, se asiste al abandono del modelo más difundido en los ordenamientos europeos que, como hemos visto, se limita a reprimir la asociación dirigida a realizar un plan indefinido de delitos, a favor de un modelo de penalización adoptado también en Italia, que hace referencia expresa a la estructura de organización del grupo ilícito.

Ya en el pasaje entre las dos versiones del *Corpus Iuris* en tutela de los intereses financieros, se advierte una creciente atención a la cuestión de la organización que debe sostener a la asociación ilícita, superando de este modo el modelo francés de la *association de malfaiteurs*: es necesario que el acuerdo exista entre por lo menos tres personas, se dirija a la realización de una pluralidad de delitos contra los intereses indicados y que la organización sea estable y adecuada. La referencia a la adecuación resulta vaga por ser indeterminado el relativo término de referencia: ¿la estructura debe ser adecuada para constituir una presencia estable o para llevar a cabo particulares tipologías criminales?

La indeterminación de la norma resulta ser aún más grave si se considera que la versión en examen del *Corpus* ha sido definida cuando ya estaba en vigencia la acción común adoptada por el Consejo el 21/12/98. El texto correspondiente, al obligar a los Estados miembros a reprimir la participación en una organización criminal, ha buscado especificar lo mejor posible la conducta reprimida, refiriéndose a una asociación estructurada, existente desde hace un tiempo, y compuesta por al menos tres personas que actúan en forma concreta —es decir, según una repartición del trabajo— para realizar un plan criminal calificado. Los delitos comprendidos deben ser de una gravedad predeterminada en general y referida a la pena máxima amenazada, que no debe ser inferior a

cuatro años de pena de detención; las conductas relativas pueden estar fundadas también en un fin de provecho o de influencia indebida sobre la autoridad pública.

Esta última especificación de los fines tiene un valor meramente ejemplificador, no constituye un elemento necesario de la norma, y resulta, por lo tanto, sustancialmente superflua respecto del fin de garantizar una caracterización selectiva del fenómeno.

No incurre en este error el otro texto supranacional en esta materia elaborado en último término: la Convención contra el Crimen Transnacional, negociada en el ámbito de las Naciones Unidas a partir de 1996 y firmada en Palermo entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000. En efecto, este documento prevé expresamente que los delitos objeto del plan criminal deben estar dirigidos a obtener, aun en forma indirecta solamente, un beneficio financiero o, de algún modo, material. Los restantes elementos de la definición son muy similares a los fijados por la mencionada acción común.

En conclusión, es necesario señalar que la elección del instrumento legislativo (el marco de decisión) realizada por el tratado es particularmente feliz: en efecto, no teniendo dicha fuente efectos directos sobre los ciudadanos, siendo necesario en todos los casos un acto jurídico de reconocimiento, en el curso de dicho pasaje la norma podrá ser adaptada a las características internas de cada sistema penal, con tal que no se altere la unidad fundamental de desvalorización del hecho punible y de los criterios de imputación previstos. Este sistema debería permitir superar el escepticismo natural manifestado por los Estados particulares frente al reclamo de su atraso en una materia, como es la penal, hasta hoy considerada como símbolo de la soberanía nacional.

d) *UN NUEVO PARADIGMA EN LA CRIMINOLOGÍA*: En el marco recién descrito, procuraremos evaluar ahora cómo el análisis económico de la criminalidad puede contribuir a la construcción de un eficaz sistema penal preventivo. Esto, sobre todo, con relación al lavado de dinero, donde se cruzan la economía lícita y la economía criminal y, por lo tanto, es materia elegida para profundizar las relaciones entre economía y criminalidad.

Subestimado hasta los años setenta por los criminólogos y otros cultores de cuestiones penales, y objeto, en cambio, hoy, de un interés consolidado, el estudio del derecho con el sistema y la metodología de los economistas hubiera conducido, según algunos expertos, a través de un verdadero y propio cambio de “paradigma” en la criminología, al pasaje del modelo sociológico al modelo económico.

1. *La teoría económica neoclásica.* El estudio de las relaciones entre derecho y economía comienza a adquirir la consideración de disciplina autónoma, con el nombre de *Law and Economics*, alrededor de los años setenta, cuando algunos estudiosos comenzaron a analizar la posibilidad de construir, con los instrumentos de las ciencias matemáticas y económicas, modelos de perfeccionamiento de las medidas de prevención del crimen.

La primera formulación del problema fue planteada por la teoría económica neoclásica, según la cual la criminalidad se explica suficientemente mediante modelos económicos, de manera que no se necesita ninguna otra teoría explicativa. Se trató de una propuesta absolutista, según la cual el recurso a las ciencias económicas constituía el instrumento para comprender los efectos generales preventivos y, en general, la relación costo-beneficio de las normas penales. El criterio económico neoclásico, según parte de la doctrina, no era capaz, de este modo, de superar ciertas objeciones relativas a los riesgos planteados por una política criminal orientada exclusivamente al paradigma de la eficiencia dominada por la relación costo-beneficio.

En primer lugar, no convencía la premisa de fondo del hombre como agente individual plenamente racional, creyendo suficientemente demostrado cómo en la escalada criminal se introducen factores *lato sensu* emotivos, culturales, ambientales, es decir, en definitiva, irracionales. Además, la ciencia económica, sea desde el aspecto metodológico como desde el de los contenidos, no puede evitar proceder por medio de modelos formales: cada opción de acción, desviada o conforme a las reglas, no puede ser asumida en un aislamiento aséptico del mundo externo y de su cotidianidad. Incluso el modelo beckeriano de la *rational choice theory*, de carácter muy formal, está obligado a reducir el nivel de artificialidad, admi-

tiendo que en el seno de la relación costo-beneficio se debe tener en cuenta también la predisposición a cometer actos ilegales. Se hace, entonces, inevitable analizar en el ámbito de la problemática de la acción la preeminencia de aquellos factores sociales y psíquicos que influyen en la capacidad de evaluación y en la capacidad de elección de los riesgos a asumir.

2. *La teoría de los juegos.* La necesidad de una política criminal integral, que se base en una visión no restrictiva de la prevención general, sobre todo en la lucha contra el lavado de dinero, encuentra su fundamento en las nuevos criterios de análisis económico de la criminalidad, entre los cuales resulta apropiada, para el estudio de los mecanismos económico financieros complejos como los implicados en el lavado de dinero, la "teoría de los juegos".

La teoría de los juegos nace con el fin de estudiar el problema de la elección de la acción sin sacarlo de contexto y sin pretender definir un concepto absoluto de racionalidad. Las premisas de donde parte son la conciencia del contexto de relaciones y la previsión de las reacciones y de las elecciones de los demás.

En función de estas dos variables, el sujeto actúa calculando la utilidad esperada. En segundo lugar, la teoría en estudio postula que los individuos se mueven en un plano de racionalidad por la cual, con la repetición del juego, cada una de las elecciones encuentra su causa y justificación en las expectativas sobre el comportamiento del otro. Si estos son los términos del "juego", la solución está dada por la cantidad de información en poder de cada jugador y por el respeto del axioma de coherencia por el cual sería irracional cambiar de elección ante la permanencia del equilibrio, salvo que dicho cambio sea causado por la obtención de una información extra respecto a los otros jugadores.

Sobre la base de estas condiciones se atribuye amplia potencialidad a la teoría de los juegos, también en el ámbito político-criminal. Haciendo una simplificación, en el "juego" contra el crimen organizado, el jugador-Estado sufre un proverbial desajuste informativo que solo es posible adecuar obligando a aquellos jugadores que posean las informaciones requeridas a comunicarlás al jugador-Estado. Los modelos

económicos en cuestión sugieren resolver el problema criminal a través de la introducción en el "juego" de un paquete de reglas especiales, cuyo fin sea modificar la racionalidad de la elección de un jugador de acuerdo con las expectativas del otro. En términos económicos, es necesario transformar la opción inicial, de por sí racional en cuanto permite al jugador usar un plus informativo en beneficio propio pero en perjuicio del jugador-Estado, en desventajosa e irracional, ofreciéndole una solución alternativa estratégicamente conveniente y por lo tanto racional (con este propósito se hace referencia a la legislación sobre los arrepentidos). La traducción de la teoría de los juegos a un lenguaje político-criminal ha sido realizada a través de la incorporación en la elaboración legislativa de normas que, por un lado, tienden a reducir las asimetrías de información que castigan la "participación en el juego" de los aparatos represivos (piénsese en la normativa antilavado de dinero en materia de reunión y registro de datos, y también en la simplificación probatoria, la dilución de las garantías y la obligatoriedad de la prisión preventiva para los sospechosos de criminalidad mafiosa, como también en el régimen indiciario y las presunciones que rigen la prevención antimafia), y por el otro, estimulan una actitud de cooperación en el juego a través de una cuidadosa dosificación entre disuasión, estímulo y premiación.

3. *La teoría de los juegos y el lavado de dinero.* Los estudiosos han usado modelos basados en la teoría de los juegos para reconstruir con fundamentos matemáticos los mecanismos operativos y las perspectivas de control en los supuestos de delitos que involucren profundamente a las estructuras económicas y administrativas de la sociedad (el lavado de dinero).

El legislador, teniendo en cuenta elementos como la asimetría en la información, la capacidad de garantizar informaciones exactas o de actuar aun con la conciencia de no poder garantizar siempre dichas informaciones, la necesidad de valorizar las agencias de vigilancia ("watch dogs", Ufficio Cambi, Banca Central), debería formular las propias políticas de represión del lavado de dinero de manera de hacer "estratégicamente ventajosa", para todos los sujetos implicados, la cooperación (la colaboración, por ejemplo, de los interme-

diarios en la identificación y señalación de las operaciones sospechosas).

Esta tarea no es fácil; el “dilema del prisionero”⁷ enseña que “en toda situación en donde los individuos son empujados a violar las reglas de cooperación social para obtener una ventaja personal, el resultado es hacer imposible la cooperación”. Sin embargo, si el juego se repite, la cooperación puede surgir aun entre egoístas racionales: si en un ambiente fuertemente no cooperativo, un grupo de personas comienza a interactuar según un modelo cooperativo ventajoso para todos, este finaliza por convertirse, luego de un cierto número de interacciones, en la estrategia adoptada por toda la población.

El objetivo de una política criminal integral respecto del lavado de dinero debería ser favorecer los esquemas cooperativos que permiten una más eficaz prevención del compromiso del sistema económico y financiero. El problema central es lograr que los intermediarios bancarios y financieros tiendan a ser impermeables a las tentaciones de la economía criminal.

Con relación al lavado de dinero, se impone una política criminal integral que no sea exclusivamente una política penal, y tampoco una política solo punitoria. El lavado de dinero, fenómeno grave para la sociedad, plantea la exigencia de una regulación realmente eficaz y no solo simbólica.

Una política criminal eficaz que haga frente al fenómeno debe poseer las características de un sistema integrado por “escalones”, donde se reserva un espacio para el derecho penal identificado a través del principio de subsidiariedad funcional a las exigencias de prevención. Justamente en los sectores

⁷ El dilema del prisionero presenta el supuesto en que la policía haya arrestado a dos sujetos que han cometido juntos un delito. No disponiendo de otras pruebas, el objetivo de los agentes es hacer confesar por lo menos a uno de los prisioneros. Con este fin se les plantea a ambos el siguiente dilema:

a) si ninguno de los dos habla, serán condenados ambos por un delito menor a un mes de reclusión;

b) si uno confiesa y da el nombre del cómplice, será liberado y el cómplice será condenado a nueve meses de reclusión;

c) si uno no confiesa y lo hace el cómplice, aquel sufrirá nueve meses de reclusión y este será liberado;

d) si confiesan ambos, la pena será de seis meses de reclusión.

La elección racional de los sujetos, en un contexto que impide conocer la decisión del otro, es confesar.

como el derecho penal de la economía, la sanción penal de detención se demuestra ontológicamente inidónea para sostener, por sí sola, la barrera contra los comportamientos indeseados; más bien debe ser integrada dentro de una política orgánica que equilibre los diversos tipos de intervención (del derecho administrativo, del derecho civil y tributario), para que los comportamientos indeseables se reduzcan al mínimo y los comportamientos intolerables tiendan a ser eliminados.

Las barreras prepenales son, hoy en día, reconocidas como indispensables y la teoría económica sugiere algunas líneas de acción útiles para una eficaz estrategia de represión:

1) Es necesario garantizar, antes que la mayor parte de los operadores del sector elija conformarse a las reglas de la economía lícita a través de una adhesión espontánea, una cooperación avalada por instrumentos que busquen valorizar, junto a la sanción de carácter público, los mecanismos de autodisciplina y autocontrol internos sobre cuya aplicación actúe.

2) Puede ser útil aumentar el número de sujetos involucrados en el juego, valorizando el rol de las víctimas efectivas y potenciales. Si se da una precisa percepción de lo dañino del fenómeno por parte de todos, paralelamente a la percepción de la corresponsabilidad social, de este modo la reglamentación prepenal podrá ser vista como "lubrificante" de la economía y no como la serie de "lazos y ligaduras" que limitan el dinamismo del mercado.

3) Es necesario, finalmente, garantizar la ayuda de cualquier otro sujeto o agencia capaz de monitorear los índices de anomalías o indicios de infiltraciones criminales en sectores particulares del mercado (por ej., las cámaras de comercio) y valerse en cuanto sea posible de bancos de datos electrónicos integrados que suplan las asimetrías informativas.

4. *Los aspectos críticos del criterio económico en el estudio del derecho.* Se han levantado ásperas críticas contra la teoría de los juegos por parte de aquellos autores que objetan, desde un punto de vista ético más que jurídico, el uso de modelos de cooperación, basados en las ventajas recíprocas, con relación a las iniciativas de política criminal promovidas por el Estado. Un sistema penal que no sepa conjugar el antagonismo entre eficiencia y equidad está destinado a dirigirse por un camino

lleno de obstáculos dictatoriales y sobre todo cada vez más ajeno al ideal de justicia.

Resulta inquietante (sobre todo en la legislación sobre los arrepentidos y en la de lavado de dinero), por un lado, considerar al Estado como "un jugador" junto a la criminalidad organizada, y por otro, institucionalizar el flujo de la información y de los contactos entre los mismos jugadores casi igualando sus roles en el terreno de juego.

La teoría de los juegos y los criterios económicos basados en la racionalidad costo-beneficio parecen dar lugar, entonces, a representaciones distorsionadas de la realidad y el paradigma del hombre económico se demuestra carente en cuanto a los presupuestos científicos de legitimación.

El problema reside en el hecho de que las ciencias sociales y económicas tienen la obsesión de llegar a una teoría universal y totalizadora. La idea de producir enunciados universalmente válidos y la pretensión de buscar las causas últimas de los fenómenos desviados han producido, en realidad, deformaciones del sistema. Del paradigma del déficit al del plus, pasando por el de la racionalidad económico-empresarial de la criminalidad organizada, surge un hilo conductor que difunde una visión común: la aspiración política de proponer una ley universal, algunas veces corroborada por un conjunto de observaciones empíricas.

En realidad, no parece posible negar la naturaleza conjetural de muchas teorías criminológicas, y tanto menos aquella formal de los modelos económicos, tropezando ambas con un marco empírico no unívoco y con elementos materiales discordantes.

CAPÍTULO XI

ESTUDIO COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN
URUGUAYA Y ARGENTINA SOBRE LAVADO
DE ACTIVOS*

§ 53. LA EXPANSIÓN DEL ELENCO DE DELITOS ANTECEDENTES DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEY URUGUAYA. — Con fecha 23 de mayo de 2001, el Parlamento uruguayo, a iniciativa del Poder Ejecutivo, sancionó la ley 17.343. Dicha ley incorporó el Capítulo XIV a la 17.016, la que a su vez incorporó al decr. ley 14.294 (ley de estupefacientes) cuatro normas que tipifican el delito de lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas o delitos conexos. Es nuestro propósito dar un panorama de las incidencias de la nueva legislación en el sistema legal uruguayo, cotejándola con el sistema de represión del lavado de activos en la República Argentina, especialmente cuando en el segundo semestre de 2003 se ha conocido un proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo uruguayo que intensifica de manera extraordinaria lo que ya es una definida tendencia en materia de lavado de activos: ensanchar cada vez más el elenco de delitos antecedentes por un lado, y ampliar indiscriminadamente la nómina de sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas, hasta alcanzar en ella a los profesionales universitarios, y especialmente a los abogados.

La primera tendencia, el ensanchamiento del listado de delitos antecedentes, se gestó en el Uruguay mediante la san-

* Por GABRIEL ADRIASOLA. Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga del Uruguay y del Instituto Universitario de Punta del Este. Miembro local del Comité Consultivo del ICEPS, ex juez en lo Penal y ex asesor tributario del Gobierno Departamental de Maldonado.

ción de la ya citada ley 17.343. Esta ley, mediante la inserción del art. 81 a la ley 17.016¹, amplió la lista de delitos antecedentes que son origen de los valores objeto de los delitos previstos en los arts. 54 a 57², incorporados al decr. ley 14.294 por la ley ahora modificada. En efecto, a partir de la sanción de esa ley dichos artículos comprenden en su objeto material a los bienes, productos o instrumentos provenientes de actos de terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000, tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos o medicamentos, tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños, extorsión, secuestro, proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares, de obras de arte, animales o materiales tóxicos³.

El proyecto aprobado presentó discordancias con el remitido por el Poder Ejecutivo. El proyecto original contenía un delito autónomo⁴, que se estructuraba en una ley diferente

¹ La ley 17.016 introdujo por primera vez en el derecho uruguayo, en sus arts. 54 a 57, el delito de lavado de activos. Pero esa ley estableció sólo como delitos antecedentes a los de tráfico de estupefacientes y delitos conexos.

² Los delitos de lavado de activos provenientes del narcotráfico y delitos conexos.

³ Dice textualmente la nueva norma: "Artículo 81. — Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos".

⁴ El proyecto estructuraba los tipos de la siguiente manera: "Artículo 1º. — Comete blanqueo de activos el que convierta o transfiera dinero u otros valores patrimoniales que provengan de cualquiera de las siguientes actividades: terrorismo; contrabando o tráfico ilícito de armas, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos y cualquier delito de crimen organizado. Este delito se castiga con veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría. En la misma pena incurrirá el que adquiera, posea, utilice o realice cualquier transacción real o simulada, sobre los valores procedentes de las actividades enumeradas precedentemente o sobre aquellos que sean productos de su inversión".

"Artículo 2º. — El que oculte, suprima, altere los indicios, impida o frustre la determinación real de la naturaleza, la identificación del origen, la ubicación,

a las 17.016 y 17.060⁵, mientras que el legislador optó meramente por ampliar el objeto material de los ya existentes delitos de lavado de dinero proveniente del tráfico de estupefacientes. Pero lo más importante es que se trató básicamente de una ley cuyo propósito esencial, como se dijo, fue ampliar el elenco de delitos antecedentes previstos en los arts. 54 a 57 del decr. ley 14.294 en la redacción dada por la ley 17.016, sin modificar un ápice la estructura típica de los mismos.

Siguiendo una tendencia internacional cada vez más intensa, la ley trató básicamente de incorporar a la nómina de delitos generadores de las ganancias todas aquellas conductas denominadas comúnmente como de tráfico y crimen organizado. Desde la perspectiva de la construcción del tipo penal, la ley sigue la tendencia de establecer un listado de infracciones antecedentes consideradas típicas del crimen organizado. La doctrina ha coincidido en que como infracciones clásicas de ese tipo de delincuencia están los llamados "tráficos ilícitos". Ellos comprenden el tráfico de personas⁶, bienes culturales, material nuclear, residuos tóxicos, armas y materiales explosivos, vehículos y drogas con las correspondientes actividades de blanqueo de las ganancias generadas por los mismos⁷.

el destino, el movimiento, la propiedad real, la investigación, o la confiscación de los valores patrimoniales procedentes de las actividades enumeradas en el artículo 1º de la presente ley o de los que sean producto de su inversión, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría.

"Artículo 3º. — El que prestare cualquier ayuda, o asistencia a los partícipes de cualquiera de los delitos tipificados o enumerados en la presente ley con el fin de asegurarles el beneficio o el resultado de su actividad, para obstaculizar las acciones de la justicia o para eludir las consecuencias de sus acciones, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría."

⁵ La primera de estas leyes contempla los tipos de lavado de activos provenientes del narcotráfico y la segunda, los actos de corrupción pública.

⁶ Dentro del tráfico de personas debe comprenderse no solo a la usualmente denominada "trata de blancas" destinadas a la prostitución, sino también el terrible flagelo del tráfico de órganos y tejidos humanos, el tráfico de esclavos, etcétera.

⁷ Ver Christine VAN DEN WYNGAERT, *Las transformaciones del derecho penal Internacional en respuesta al reto del crimen organizado*, "International Review of Penal Law", 1º y 2º trimestre de 1999, p. 249.

§ 54. DELITOS ANTECEDENTES EN LA NUEVA LEY. — a) *EL TERRORISMO*: El artículo 1º de la ley 17.343 no define expresamente qué debe entenderse por terrorismo, y no existe en el derecho interno uruguayo una definición de delito terrorista. Por esa razón será una calificación a realizar por el juez si alguno de los delitos contenidos en el derecho nacional encuadran en la definición dogmática de terrorismo, diferenciada de la conceptualización del delito político⁸. Así también, podrá recurrirse a las precisiones sobre terrorismo que contienen los tratados internacionales, particularmente el acuerdo sobre extradición entre los países del Mercosur, en tanto excluyen determinadas conductas de la categoría de delito político⁹.

Recientemente, en el segundo semestre del año 2003, el Poder Ejecutivo uruguayo ha elaborado un proyecto de ley que tipifica el delito terrorista y el delito de financiamiento de actos terroristas¹⁰.

⁸ Así, es posible sostener que el delito terrorista es aquel que provoca víctimas inocentes, como lo postula João Marcello de ARAÚJO (Jr.), "La extradición", en *Curso de cooperación penal internacional*, Álvarez, Montevideo, 1994.

⁹ Así, según el Acuerdo de Extradición se establece: "2. A los fines del presente Acuerdo, no serán considerados delitos políticos bajo ninguna circunstancia: a) el atentado contra la vida o la acción de dar muerte a un Jefe de Estado o de Gobierno o a otras autoridades nacionales o locales o a sus familiares; b) el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad en violación de las normas del derecho internacional; c) los actos de naturaleza terrorista que, a título ilustrativo, impliquen alguna de las siguientes conductas: i) el atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de personas que tengan derecho a protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; ii) la toma de rehenes o el secuestro de personas; iii) el atentado contra personas o bienes mediante el uso de bombas, granadas, proyectiles, minas, armas de fuego, cartas o paquetes que contengan explosivos u otros dispositivos capaces de causar peligro común o conmoción pública; iv) los actos de captura ilícita de embarcaciones o aeronaves; v) en general, cualquier acto no comprendido en los supuestos anteriores cometido con el propósito de atemorizar a la población, a clases o sectores de la misma, atentar contra la economía de un país, su patrimonio cultural o ecológico, o cometer represalias de carácter político, racial o religioso; vi) la tentativa de cualquiera de los delitos previstos en este artículo".

¹⁰ El proyecto de ley articula de la siguiente manera el delito terrorista: "Artículo 19. — Se consideran de naturaleza terrorista los delitos que se ejecuten con la finalidad de causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a

b) *EL CONTRABANDO DE MÁS DE 20.000 DÓLARES*: El proyecto original no contenía al contrabando como un delito antecedente autónomo, sino que se refería al contrabando de armas o municiones. Al ser autonomizado por el legislativo, se elevó a la categoría de delito antecedente el contrabando de cualquier mercancía y no sólo el de armas o materiales destinados a su producción, y tratándose el contrabando de un delito contra la hacienda pública, se está abriendo una peligrosa puerta para la inclusión de los delitos fiscales como figuras antecedentes del blanqueo de capitales, cuando se vienen excluyendo sistemáticamente de la cooperación internacional en función de su territorialidad.

c) *TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIAL DESTINADO A SU PRODUCCIÓN*: Será también en este caso tarea judicial identificar el delito base en la ley 17.343; vale decir, será una tarea dogmática identificar qué tipos del derecho nacional constituyen tales actos de tráfico¹¹. Por supuesto que como este tipo de figuras son verdaderos delitos transnacionales, en caso de que el delito antecedente tenga por lugar de comisión el extranjero, el juez uruguayo deberá verificar que se cumpla el principio de doble identidad previsto en el art. 83, y además, la calificación que en el tipo aplicado en el extranjero se adecue al concepto dogmático del tráfico ilícito de que se trate, tarea que entendemos privativa del juez nacional.

un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”

“Artículo 20. — Cuando la finalidad o los medios enunciados en el artículo anterior no constituyan elemento del tipo penal, la pena prevista para el delito de que se trate se elevará en dos tercios en su mínimo y en su máximo.”

“Artículo 21. — El que organizare o, por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte para financiar las actividades delictivas descritas en el artículo 19 de la presente ley, aun cuando éstas no se cumplieran en el territorio nacional, será castigado con una pena de tres a dieciocho años de penitenciaría.”

¹¹ Así, no hay dificultad con el proxenetismo, el contrabando, la extorsión o el secuestro, ya que son tipos específicos del derecho nacional. Con relación al tráfico de seres humanos, el tópico puede ser abarcado por la nómina de delitos contra la libertad; el tráfico de sustancias tóxicas podrá abarcárselo por los delitos contra la salud pública, etcétera.

d) *TRÁFICO ILÍCITO DE HOMBRES, MUJERES O NIÑOS*: Evidentemente el giro pretende abarcar todo tráfico de seres humanos con un fin ilícito, sea la reducción a la esclavitud, el tráfico de inmigrantes ilegales, de niños destinados a adopciones ilegales, etcétera. Muchas de estas conductas están aceptadas como delitos transnacionales de crimen organizado. Así acontece en los casos de los convenios contra la esclavitud de 1923, sobre el trabajo forzado de 1930, sobre la represión del tráfico de personas y prostitución de 1949, etcétera. En el derecho interno, este tipo de conductas de regla quedarán atrapadas en aquellos delitos que tutelan la libertad individual.

e) *EXTORSIÓN, SECUESTRO Y PROXENETISMO*: La inclusión de estas dos figuras delictivas no figuraba en el proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo, habiendo sido incluidas por el Parlamento. Separadamente no se trata de delitos de crimen organizado, sino en principio de delincuencia convencional. La ley brasileña 9613 contiene la referencia a la *extorsión mediante secuestro*, vinculando ambas figuras. Ello no acontece en la legislación uruguaya, por lo que las ganancias derivadas de una extorsión lisa y llana pueden ser objeto material de este nuevo delito de lavado de activos. Lo mismo puede sostenerse con relación al proxenetismo, también tipo penal contenido en el derecho uruguayo, cuya inclusión fue obra del Parlamento, ya que el mensaje original del Poder Ejecutivo entendía que este delito quedaba comprendido bajo la fórmula que aludía al tráfico de hombres, mujeres o niños.

f) *TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS NUCLEARES, OBRAS DE ARTE, ANIMALES, MATERIALES TÓXICOS, ÓRGANOS, TEJIDOS O MEDICAMENTOS*: Se trata de novedosas modalidades de crimen organizado. Conforme a la estructura de la ley, será el juez quien deberá calificar qué figura de la ley nacional se corresponde con esos actos de tráfico. De suyo, podrán ingresar aquí como delitos antecedentes todos aquellos tutelares de la salud pública o del medio ambiente. En el caso del tráfico ilícito de órganos o tejidos, la tipicidad en el derecho interno uruguayo estará dada por el art. 14 de la ley 14.005¹².

¹² "El que por ceder un órgano o un tejido, no oponerse a su utilización, o autorizar una autopsia clínica, a los fines de la ley, recibiere por sí mismo

g) *LA ELIMINACIÓN DE LA REFERENCIA A CUALQUIER DELITO DE CRIMEN ORGANIZADO*: Ese es el criterio seguido por el legislador, recurriendo a un listado de infracciones típicas de crimen organizado, como lo tiene también la ley brasileña 9613. Inspirado en ella, el proyecto original del Poder Ejecutivo contenía, además del listado, una fórmula genérica que fue eliminada, referida a “cualquier delito de crimen organizado”. Con esa fórmula se intentaba colmar cualquier vacío que el sistema de listas pudiera presentar. Sin duda se trata de un concepto de contenido dogmático que deberá ser llenado por el juez en el momento de aplicar la ley. Sería ocioso ahora, desde que la fórmula fue eliminada por el Parlamento, hurgar en el sentido de la expresión.

h) *LA PROBLEMÁTICA DEL FRAUDE CORPORATIVO COMO DELITO ANTECEDENTE DEL LAVADO DE DINERO*: En la Unión Europea se han considerado también como infracciones típicas de crimen organizado a los fraudes cuando se trata de fraudes nacionales o aun contra la Unión Europea, o el llamado “fraude de subvenciones”¹³.

Sin embargo, en Uruguay, los fraudes contra la Administración Pública están comprendidos ya en el art. 30 de la ley 17.060 (blanqueo de dinero de actos de corrupción pública) y aquellos contra corporaciones privadas se tipifican como encubrimiento de estafa, apropiación indebida o insolvencia fraudulenta.

En efecto, se ha planteado si el blanqueo de activos provenientes de aquellos delitos que importen un fraude o estafa a corporaciones públicas o privadas es o no punible en el Uruguay. Adelantamos desde ya una respuesta afirmativa. Como ya esbozáramos líneas atrás, si el fraude se efectúa por un funcionario público contra una corporación pública, el blanqueo de capitales provenientes del mismo está expresamente previsto en el art. 30 de la ley 17.060 (ley anticorrupción).

o por un tercero, para el mismo o para un tercero, dinero u otro provecho o aceptara su promesa, será castigado con la pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Con la misma pena será castigado el que pague en dinero o diere otro provecho por efectuar algunas de las operaciones descritas.”

¹³ VAN DEN WYNGAERT, Christine, ob. cit., p. 248.

Cabe aclarar que si en el delito de fraude participan además de un funcionario público personas que no revistan esa calidad, igualmente responden como copartícipes de dicho delito (art. 64, Cód. Penal uruguayo). Por otra parte, para ejecutar el delito de blanqueo de capitales establecido en la ley 17.060 no se requiere que el autor o partícipes sean funcionarios públicos, por lo que cualquiera puede cometerlo.

Si se trata, en cambio, de un fraude contra una corporación privada o contra una corporación pública pero llevada a cabo sólo por particulares, esa conducta en el derecho uruguayo no se denomina "fraude", sino que es estafa (art. 347, Cód. Penal), estando especialmente agravada si se ejecuta contra el Estado o cualquier ente público (art. 348, Cód. Penal).

El procedimiento de blanqueo de las ganancias provenientes de un delito de estafa no está contenido en el art. 30 de la ley 17.060 ni en los arts. 54 a 57 de la ley 17.016 (que responden al blanqueo de dinero proveniente del tráfico de tóxicos o delitos conexos) ni en el art. 81 de la misma ley, incorporado recientemente por ley 17.343, que contempla el blanqueo de valores provenientes de delitos de tráfico organizado. No obstante, en la sistemática penal uruguaya, el lavado de activos provenientes de un delito de estafa estaría atrapado por las figuras clásicas del encubrimiento y la receptación. La primera de ellas, prevista en el art. 197 del Código Penal, comprende hipótesis claras de ocultamiento de los efectos provenientes de un delito, además de la ayuda personal a los partícipes de aquel. La segunda, establecida por el art. 350 bis del Código Penal en la redacción dada por la ley 16.707, castiga al que adquiera, reciba u oculte dinero o efectos provenientes de un delito, o de cualquier manera interviniera en su adquisición u ocultamiento. La pena del encubrimiento va de tres meses a diez años de prisión; la del recibo va de seis meses a diez años de prisión.

Estas dos figuras atrapan claramente el lavado de activos provenientes de un delito de estafa, asimilándose en su aplicación al blanqueo. En suma, comprenden el blanqueo de activos de cualquier delito que no sea considerado delito antecedente en las leyes 17.016 y 17.060. La única diferencia aquí es que el encubridor o receptor —el autor o autores de la actividad de blanqueo— no deben ser partícipes del delito antecedente, extremo que no se requiere en las leyes 17.016,

17.060 y 17.343. Esta solución, no obstante, es la misma que ha recogido la reciente ley argentina sobre encubrimiento y lavado de activos. Existe también en el Uruguay jurisprudencia anterior a la ley 17.016 que sostenía que el delito de encubrimiento era susceptible de atrapar las conductas de lavado de activos provenientes de cualquier delito¹⁴. Esta normativa sirvió incluso para dar por cumplido el principio de doble identidad en materia de extradición a los Estados Unidos en casos de lavado de activos provenientes de delitos de tráfico de estupefacientes antes de la ley 17.016.

En derecho comparado se han establecido diversos sistemas para delimitar el delito antecedente en materia de lavado de activos. Así, encontramos sistemas que tipifican el lavado en función de los delitos de tráfico de drogas, como Francia, Ecuador o Chile, y otros, como Suiza, Austria, Canadá, Australia, Argentina, Colombia, Estados Unidos y México; algunos lo hacen en función de cualquier delito y otros en función de delitos denominados de criminalidad organizada o de especial daño social.

Uruguay contempla un sistema mixto, en tanto la ley 17.016 contempla el blanqueo de activos provenientes de delitos de narcotráfico o delitos conexos, de tráfico de armas, seres humanos, sustancias tóxicas, obras de arte, tejidos humanos etc. (ver art. 81 de la ley 17.016 en redacción dada por la ley 17.343), y en la ley 17.060 contempla el blanqueo de activos de delitos de corrupción pública.

El blanqueo de activos de cualquier otro delito puede considerárselo incluido y atrapado en los delitos de encubrimiento (art. 197, Cód. Penal) y receptación (art. 350 bis, Cód. Penal). La primera diferencia entre estos dos casos y los primeros es que en estos últimos se sigue el sistema de la ley argentina, en tanto el autor del blanqueo no puede ser partícipe del delito antecedente. En los primeros se sigue el sistema de la ley brasileña. Una segunda diferencia consiste en que no será aplicable al blanqueo de fondos provenientes de fraudes a corporaciones privadas el bagaje de cargas de vigilancia que traen consigo las tipificaciones autónomas de las figuras de

¹⁴ Ver Rev. "La Justicia Uruguaya", casos 11.475 y 11.901.

lavado de activos, y especialmente la más intensa de esas cargas, la obligación de reportar las operaciones sospechosas.

Por otra parte, la inclusión del fraude expresa entre los de delitos antecedentes no es usual en la legislación comparada regional. La ley 9613 de la República Federativa del Brasil, que en buena medida fue una de las fuentes de consulta de la ley 17.343, no contempla entre los delitos antecedentes el estelionato (fraude o estafa para el Código Penal brasileño)¹⁵.

En la ley brasileña no está contemplado el estelionato contra corporaciones privadas entre los delitos antecedentes y lo sí, lo están los delitos contra la Administración Pública (numeral V), que Uruguay contempla mediante el art. 30 de la ley 17.060. Sin embargo, sí están contemplados los delitos contra el sistema financiero, que de acuerdo con la ley 7492 sí comprendería el fraude contra este tipo de instituciones.

La legislación colombiana, por su parte, estatuye los delitos antecedentes de la siguiente manera: "El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino,

¹⁵ La definición del delito en la legislación brasileña se encuentra en el artículo 1º de la ley de la siguiente manera: "Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o la propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de un crimen:

"I - de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines;

"II - de terrorismo;

"III - de contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción;

"IV - de extorsión mediante secuestro;

"V - contra la Administración Pública, inclusive la exigencia para sí o para otro, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica o la omisión de actos administrativos;

"VI - contra el sistema financiero nacional;

"VII - practicado por una organización criminal.

"Pena: reclusión de tres a diez años."

movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes". El sistema, como se ve, no tiene alusión expresa al fraude. Sin embargo, la inclusión dentro del elenco de conductas antecedentes, al igual que en la legislación brasileña, a los delitos contra el sistema financiero, hace aplicable la normativa al blanqueo de fondos provenientes de fraudes bancarios o bursátiles.

Bolivia, por su parte, cataloga los delitos antecedentes de la siguiente forma: "El que adquiriera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, que procedan de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales, con la finalidad de ocultar o encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad verdadera, será sancionado con presidio de uno a seis años y con multa de cien a quinientos días". Tampoco, como se ve, se hace alusión específica al fraude, aunque la generalidad de la disposición permite incluir como delito antecedente al fraude corporativo en tanto éste sea cometido por una organización criminal.

En suma, debe comprenderse que el Uruguay, por el juego de las leyes 17.016, 17.060, 17.343 y por los arts. 197 y 350 bis del Código Penal, tiene un sistema que permite castigar el blanqueo de activos provenientes de cualquier delito, incluido el fraude y la estafa.

Sin embargo, este sistema puede ser calificado como caótico, ya que existe un régimen diverso según cual sea el delito antecedente. En lo medular, el blanqueo de fondos provenientes de un fraude corporativo sólo será punible en tanto su autor no sea partícipe del delito antecedente, y además, no le son aplicables al trasiego de estos fondos las cargas de vigilancia que sí deben observar los sujetos obligados respecto a otras conductas delictivas generatrices de fondos sucios. El Proyecto de ley de reforma que se ha estructurado recientemente unifica en un solo régimen el elenco de delitos antecedentes y además incluye entre ellos a la estafa y a otros delitos

contra el patrimonio como las insolvencias punibles¹⁶. Con ello se pretende dar una respuesta al fraude corporativo similar a la que ya se ha dado frente a los delitos de tráfico de estupefacientes y de crimen organizado.

§ 55. COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA URUGUAYO Y LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. — La República Argentina sancionó con fecha 11 de mayo de 2000 la ley 25.246, dirigida a regular los delitos de encubrimiento, de blanqueo de capitales y las obligaciones de las entidades de intermediación financiera. La misma ha creado principalmente dos tipos penales en sustitución de los arts. 277 y 278 del Cód. Penal. Esta ley, analizada desde la teoría del delito, ubica justamente a la ya célebre figura del lavado de activos como un supuesto de encubrimiento, imposibilitando el concurso con el delito antecedente. Asimismo, en otra diferencia con la legislación uruguaya, creó un tipo omisivo autónomo en cabeza de los sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas.

En efecto, el artículo 277 reprime con prisión de seis meses a tres años al que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado¹⁷, incurriere en las acciones típicas que a continuación describe el tipo.

¹⁶ "Artículo 8º. — Modifícase el art. 81 del decr. ley 14.294, de 31 de octubre de 1974, incorporado por la ley 17.343, de 25 de mayo de 2001, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 81. — Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 de la presente ley se aplicarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo; contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de hombres, mujeres o niños; extorsión; secuestro; proxenetismo; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa; todos los delitos comprendidos en la ley 17.060 de 23 de diciembre de 1998; quiebra fraudulenta; insolvencia fraudulenta; el delito previsto en el artículo 5º de la ley 14.095 de 17 de noviembre de 1972 (Insolvencia societaria fraudulenta); los delitos previstos en el artículo 76 de la ley 2230 de 2 de junio de 1893, los delitos previstos en la ley 17.011 de 25 de setiembre de 1998; el delito previsto en el artículo 4º de la ley 17.569 de 22 de octubre de 2002; y los delitos previstos en la ley 17.616 de 10 de enero de 2003 cometidos contra la propiedad intelectual."

¹⁷ Como puede verse, se mantiene aquí el principio de reserva contenido en los tipos clásicos de los delitos de encubrimiento, con lo cual no resulta posible el concurso entre estas figuras y el delito precedente.

Dichas acciones típicas consisten en ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta (inc. a); ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudar al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer (inc. b); adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito (inc. c); no denunciar la perpetración de un delito o no individualizar al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole (inc. d), y por último, asegurar o ayudar al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito (inc. e).

Como puede verse, se trata de casos de favorecimiento personal, debiendo resaltarse la obligación de denunciar contenida en el inciso d de la norma. Esta obligación solo puede referirse a aquellos casos en que el derecho vigente ya establecía esa obligación, como suele acontecer con los funcionarios públicos en determinadas circunstancias. No obstante, la norma también debería vincularse al deber de informar que el art. 20 de la ley establece en la cabeza de determinados sujetos obligados, extremo que se analizará más adelante al ocuparnos de la llamada "obligación de reportar las transacciones sospechosas".

Cabe consignar que el tipo penal del art. 277 aumenta la escala penal al doble de su mínimo y máximo en los siguientes casos: a) cuando el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, definiéndose a éste como aquel cuya pena mínima fuera superior a los tres años de prisión; b) cuando el actor actuare con ánimo de lucro, y c) cuando el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento. Como inciso final de este numeral, la norma dispone: "La agravación de la escala penal prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena". Esto significa que aun cuando concurren a la vez las circunstancias previstas en los incisos a, b y c, ello no duplica o triplica el aumento de la escala básica prevista en el exordio del inciso.

Finalmente, la disposición contiene una exención de responsabilidad cuando el agente hubiera obrado "a favor del

cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud". Esta exención no regirá respecto de los casos en que la acción consista en asegurar o ayudar al partícipe o autor a asegurar el producto o el provecho del delito (1, b) y cuando el encubridor actuare con ánimo de lucro (2, b).

La norma consagra un principio universal de excluir a determinados parientes de la responsabilidad penal, como también acontece en el Código Penal uruguayo¹⁸. Este tipo de normas se sustentan en una verdadera causa de inculpabilidad, cual es la llamada inexigibilidad de otra conducta, razón por la cual nos parece absolutamente atinada la inclusión del "amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud".

Los verbos típicos contenidos en esta norma ("ayudar", "ocultar", "alterar", "hacer desaparecer", "adquirir", "recibir", "ocultar", "asegurar") denotan, a excepción de la omisión de denuncia contenida en el literal d del numeral 1º de la norma, que nos hallamos ante un tipo activo doloso, manteniendo el principio de que el delito de encubrimiento sólo puede perpetrarse a través de una actividad, conclusión aplicable también a la legislación uruguaya. Se trata, en la mayoría de los casos, de supuestos de favorecimiento personal, contruidos sobre la base de acciones típicas de suficiente latitud como para abarcar toda la posible gama de conductas dirigidas al fin prohibido. De este modo, se prevén las conductas típicas del encubrimiento, tales como la ayuda prestada a eludir la persecución de las autoridades, la sustracción a la acción de ésta, la ocultación o desaparición de las pruebas del delito o la ayuda prestada al autor para hacer desaparecer éstas. Las hipótesis contenidas en el tipo son de fácil comprensión y deberán correlacionarse con las acciones típicas contenidas en el art. 278, comprensivo, al menos teóricamente, de los delitos de blanqueo *stricto sensu*.

Por su parte, el artículo 278 establece: "Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en

¹⁸ Ver art. 42, Cód. Penal uruguayo.

el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos delictivos diversos vinculados entre sí;

"b) El mínimo de la escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza.

"c) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277".

Las acciones típicas se estructuran aquí también sobre una inadecuada proliferación de verbos nucleares, a saber: "convertir", "transferir", "administrar", "vender", "gravar" o "aplicar". Estos verbos o acciones típicas recaerán sobre el objeto material de la figura, que es el dinero, o cualquier otra clase de bienes provenientes de un delito en el que el autor no hubiera participado. Este último giro aleja la estructura del delito de aquellas contenidas en la legislación uruguaya. En efecto, la ley argentina mantiene el principio de reserva clásico contenido en los tipos penales comunes de encubrimiento, exigiendo que el autor del blanqueo no sea partícipe del delito generador de las ganancias. Se mantiene, por lo tanto, fidelidad a lo que nosotros consideramos la figura madre, de la cual se desgajan toda esta serie de tipos penales. En este aspecto cabe analizar si es tal la solución acertada. Actualmente nos hemos inclinado por sostener que es preferible admitir el concurso entre el delito antecedente y el delito de blanqueo, ya que eso permite una más eficaz punición de las organizaciones criminales. En efecto, el crimen organizado compartimenta el tráfico y el lavado de capitales, pero, por regla general, la cúpula de la organización criminal —quienes ostentan el dominio del hecho por dominio de un aparato organizado de poder— dirige y estructura ambas operativas, las que deben considerarse como un cúmulo de acciones claramente diferenciadas.

Por otra parte, la norma, al igual que la legislación uruguaya, también distingue entre dinero y bienes procedentes directamente del delito base, por un lado, de aquellos pro-

cedentes de la aplicación de éstos. En efecto, no a otra cosa que a esa distinción alude el giro “con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito”. La distinción entre bienes originarios y subrogantes evidencia que con el primer giro se alude a aquellos bienes directamente originados en el delito base, mientras que aquellos bienes calificados como “subrogantes” no son otra cosa que los resultantes de aplicar los bienes originarios o de procedencia directa.

El tipo exige que las acciones consideradas se ejecuten con la consecuencia posible de que los bienes adquieran una apariencia de origen lícito”. Eso no es más que la finalidad de la actividad de blanqueo, y bien podría considerarse como un elemento subjetivo del tipo. Con esta interpretación, la consumación del delito se verificaría con antelación a que esa apariencia se verificara realmente, siendo dicha verificación la etapa de agotamiento de la acción típica. Sin embargo, la redacción podría dar lugar también a pensar que se está ante una referencia objetiva.

Llama la atención que se establezca un límite cuantitativo para la aplicación del tipo (\$ 50.000). Si los bienes objeto material de las acciones, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí, no superan ese tope, el autor será reprimido, en su caso, conforme a las reglas del artículo 277.

Esta remisión no hace sino confirmar el tronco común entre el encubrimiento y las pretendidamente nuevas figuras del lavado de activos, ya que por un criterio meramente cuantitativo, la conducta típica del art. 278 caería, en su caso, en el art. 277. Y ello porque convertir, transferir, administrar, vender, gravar o aplicar de cualquier modo dinero o bienes provenientes de un delito anterior con el fin de dotarles de una apariencia lícita (art. 278) bien podría encuadrar, cuando se tratara de valores inferiores a los \$ 50.000, tanto en el inciso c, numeral 1, del art. 277 (“adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito”) o más claramente en el inciso e del punto 1 del mismo artículo: “Asegurar o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito”.

El artículo 278 preveía en su inciso 2 la posibilidad de comisión imprudente de este delito, lo que fue observado por

el decr. 370/2000. Asimismo, en su numeral 3, la norma sanciona al que “recibiére dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les de apariencia posible de un origen ilícito”, aplicándosele la pena del artículo 277. Se sigue entonces la misma línea del derecho uruguayo en cuanto a admitir en estos delitos solo la tipicidad subjetiva dolosa.

Cabe señalar también que la legislación argentina, en tanto se adhiere a la tesis de que cualquier delito puede ser base del blanqueo de capitales, necesariamente debe prever aquellas situaciones en que el delito antecedente tiene una penalidad menor que las estructuradas para las figuras de los arts. 277 y 278, ya que no se siguió el sistema de pena derivada típico de la estructuración clásica del encubrimiento. Para subsanar esa posible incongruencia, el inciso 1 del reformado art. 279 del Código Penal dispuso: “Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente”. También el inciso 2 de esta disposición regula los casos en que el delito precedente fuera sancionado con pena de multa, estableciendo que en tal caso se aplicará a su encubrimiento multa de \$ 1.000 a \$ 20.000 o la escala penal del delito precedente, si esta fuera menor. Por último, el inc. 3 se ocupa del caso de que el agente de los delitos descriptos en los incs. 1 y 2 del artículo 277 o del inc. 1 del art. 278 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En estos casos sufrirá una pena acumulativa a la de prisión, de inhabilitación especial de tres a diez años. Seguidamente la norma establece que “la misma pena sufrirá el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial”. Indudablemente esta norma pretende comprender casos tales como contadores, abogados, escribanos, etcétera.

Es de destacar también que la legislación argentina previó la punición en estos casos para la comisión imprudente del delito, pero esta modalidad del tipo fue observada, según ya dijéramos, por el decr. 370/2000 del Poder Ejecutivo Nacional.

Como podrá apreciarse, la legislación de la República Argentina estructuró las figuras del lavado de activos sobre determinados parámetros. En primer lugar, no las limitó a delitos

antecedentes determinados, como sí acontece con la legislación uruguaya¹⁹, la que puede calificarse como una legislación fraccionada. Asimismo, siguió el modelo de estructurar el blanqueo dentro del Código Penal, a diferencia de otras legislaciones que prefirieron establecerlo mediante ley especial²⁰. Es destacable en este caso que las figuras del blanqueo de capitales se estructuren bajo la sombra del encubrimiento, lo que en buena medida estaría abonando la tesis por nosotros sustentada en lo que se refiere al bien jurídico tutelado en este tipo de delitos²¹, aunque forzoso es también reconocer que no en todos los casos de codificación se ha seguido este criterio, ya que el Código Penal francés y el peruano ubican los tipos de blanqueo dentro de los tipos dedicados a sancionar las conductas de tráfico de estupefacientes, mientras que el legislador italiano optó por entender que se está ante un supuesto de receptación y por lo tanto coloca estos tipos entre los delitos patrimoniales²².

Los legisladores uruguayo²³, brasileño²⁴, paraguayo²⁵, ecuatoriano²⁶, chileno²⁷ y venezolano²⁸, por ejemplo, han se-

¹⁹ Que estableció como delitos base los de tráfico de estupefacientes y delitos conexos (ley 17.016) y aquellos contra la Administración Pública (ley 17.060), y más adelante los amplió a un listado de delitos de tráfico ilícito vinculados con actividades propias de la delincuencia organizada.

²⁰ Dice al respecto Raúl CERVINI, en *Lei de Lavagem de Capitais*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, p. 186: "En la mayoría de los casos, el blanqueo o lavado de capitales se sanciona en el Código Penal ya sea acotando su alcance al caso del narcotráfico o extendiéndolo a otras manifestaciones delictivas. A vía de ejemplo: Francia (arts. 222-38 del Código Penal de 1994), Italia (arts. 648 bis y 648 ter incorporado al código Penal italiano por leyes 191, de mayo de 1978 y 55, de marzo de 1990), Suiza (arts. 305 bis y 305 ter incorporadas al Código Penal por ley de marzo de 1990), Colombia (arts. 247A, 247B, 247C y 247D incorporados al capítulo III del Título VII del Código Penal por la ley 365 de Agravación de Penas de febrero de 1997) y Perú (arts. 296A y 296B reincorporados al Código Penal por decreto legislativo de abril de 1992)".

²¹ Al respecto hemos sostenido que el bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos es en primer lugar la administración de justicia, y sólo en algunas ocasiones y de modo subsidiario, el orden económico.

²² CERVINI, Raúl, ob. cit., p. 186.

²³ Leyes 17.016 y 17.060.

²⁴ Ley 9163.

²⁵ Ley 1015.

²⁶ Ley sobre sustancias estupefacientes y sicotrópicas de 1990.

²⁷ Ley 19.366.

²⁸ Ley de setiembre de 1993.

guido la tesitura diversa de establecer estas figuras mediante leyes especiales.

Seguidamente, la ley argentina se limitó a estructurar tipos activos dolosos, descartando —por observación del Ejecutivo— la comisión imprudente, como sí ha sido recibida en la legislación paraguaya. Pero lo más relevante, quizás, es que el sujeto activo de los delitos de blanqueo no podrá nunca ser partícipe en el delito antecedente, con lo que se sigue la solución contenida en la norma abrogada del art. 25 de la ley 23.737. La consagración de este principio de reserva impide el concurso de delitos cuando se trate de un mismo autor en el delito antecedente y en el delito de blanqueo, solución que, según ya hemos visto, diverge de la que cabe aceptar en la legislación uruguaya.

§ 56. CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE DOBLE IDENTIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY. — La nueva ley uruguaya de lavado de activos recogió el criterio establecido en el art. 279 de la ley argentina con relación a la comisión extraterritorial del delito precedente. Así, el inciso 4 del art. 279 indica: “Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión”. Esta disposición claramente atribuye jurisdicción a la justicia argentina cuando el tipo de blanqueo se verifica en ese país y el delito generador de las ganancias se consuma en territorio extranjero.

Al consagrarse en la nueva legislación uruguaya delitos antecedentes mediante un sistema de listado de infracciones típicas de crimen organizado con una denominación genérica, se estableció en el propio art. 81 que dichas infracciones deben a su vez ser delito tipificado en el Uruguay. Ello porque la ley busca contemplar expresamente que es reprimible el blanqueo en el Uruguay cuando el delito antecedente se perpetre en el extranjero. No obstante, esta exigencia, contenida en el nuevo art. 81 de la ley 17.016, se superpone con lo dispuesto en el art. 83 de la misma, que, recogiendo la solución más común en derecho comparado, dice: “Las disposiciones de la presente ley regirán aun cuando el hecho antecedente origen

de los bienes, productos o instrumentos hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo también hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay". Esta norma debe entenderse aplicable a toda la ley 17.016 y soluciona, por lo tanto, el problema de la extraterritorialidad del delito antecedente, que había motivado serias elaboraciones dogmáticas.

Por otra parte, debe destacarse que la introducción del art. 83 de la ley 17.343 recoge un principio relevante extrapolable al resto de la normativa sobre lavado. En efecto, al consagrarse expresamente que el blanqueo de activos en el Uruguay es punible en el país aun cuando el delito antecedente se perpetre en el extranjero, se acompasa con la legislación comparada en este aspecto. Estimamos que este principio es aplicable incluso al art. 30 de la ley 17.060 y aun a los delitos de encubrimiento y receptación. En efecto, estos últimos son tipos penales autónomos que, según la doctrina²⁹, pueden perseguirse en el Uruguay aun cuando el delito origen de los bienes haya sido cometido en el extranjero. La jurisprudencia nacional, aun antes de la sanción de la ley 17.343, admitió este razonamiento al imputar al lavado de activos de tráfico de drogas ejecutado en los Estados Unidos la figura del encubrimiento, abriendo juicio penal en el Uruguay³⁰.

§ 57. LAS CARGAS DE VIGILANCIA. — El artículo 82 de la nueva ley 17.343 hace aplicables al blanqueo de ganancias de este tipo de delitos las disposiciones de los arts. 58 a 67 de la ley 17.016 (normas sobre agravantes especiales a los delitos de lavado de dinero proveniente del tráfico de tóxicos³¹ y con-

²⁹ CAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de los delitos*, Amalio Fernández, Montevideo, 1967, p. 104.

³⁰ Ver Rev. "La Justicia Uruguaya", cit., caso 11.901.

³¹ El proyecto remitido contenía una fórmula de agravantes en cierto modo diversa a la contenida en la ley 17.016. En efecto, se establecía lo siguiente: "Artículo 5º. — Se considera agravante especial de los delitos previstos en los artículos 1º a 3º de la presente ley que el autor o partícipe cometa el delito en su calidad de integrante de una asociación, grupo, organización o persona jurídica dedicada directa o indirectamente al lavado de activos o a la comisión de las actividades enumeradas en el artículo 1º de esta ley. En tales casos la pena será aumentada a la mitad. Podrá elevarse hasta las dos terceras partes cuando el agente de la conducta sea jefe, director, administrador o encargado de los referidos grupos, organizaciones, asociaciones o personas jurídicas".

fiscación) y 71 a 80 (normas sobre cooperación internacional y cargas de vigilancia a las entidades controladas por el Banco Central). De este modo, las obligaciones de conocimiento del cliente, seguimiento operativo y resguardo de las transacciones alcanzan a las operaciones que involucren este tipo de valores no provenientes del tráfico de estupefacientes sino de otro tipo de delitos.

La legislación uruguaya sobre tales cargas también tiene en parte su fuente en las recomendaciones de organismos internacionales, tales como la CICAD en la órbita de la Organización de Estados Americanos. Entre dichas recomendaciones se encuentra la prohibición de cuentas innominadas, la adopción de medidas tendientes al conocimiento del cliente y el registro y conservación de transacciones, e incluso en algunos casos la obligación de reporte de operaciones sospechosas³².

La prohibición de la existencia de cuentas anónimas o innominadas se encuentra consagrada en el art. 72, inc. 1 de la legislación uruguaya. Dice esta norma: "De conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay, las instituciones de intermediación financiera y las que no siéndolo —y en lo pertinente— desarrollen actividad financiera, no podrán mantener cuentas sin la debida identificación de sus titulares".

Esta prohibición es la contracara del principio conocido como "conoce a tu cliente", dirigido a que el banco adopte elementos para asegurarse de la real identidad del cliente, sus antecedentes, ocupación, referencias, etcétera. De ese modo el inc. 2 de la norma que venimos comentando dispone: "Las instituciones a las que refiere el inciso precedente deberán registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social —según los casos— de las personas físicas y jurídicas

³² Al respecto, señala Raúl CERVINI en "Rev. de Derecho de la UCUDAL", n° 1, p. 133: "En general se admite que las cargas de debida vigilancia o diligencia como política activa de las instituciones financieras se integran por tres tipos de obligaciones a cargo de estas, a saber: la carga de conocimiento del cliente (que a su vez comprende la obligación de recabar datos identificatorios del cliente que permitan su segura e integral focalización y la de confirmar tales extremos), la carga de seguimiento operativo de sus actividades y, finalmente, la obligación de debido resguardo del soporte documental de sus operaciones".

que sean titulares de cuentas en las mismas, de conformidad con la reglamentación que dicte el Banco Central del Uruguay”.

Como puede apreciarse, la norma legal consagra el principio y delega —no podía ser de otra manera— en el Banco Central el dictado de las medidas y contralores concretos que deberán adoptarse para asegurarse de la identidad del cliente. La disposición pretende impedir la utilización de testaferros o sociedades “pantalla” como mecanismos para ocultar al real titular de los depósitos, y de igual manera vedar el acceso al circuito financiero de personas sospechadas de operaciones de lavado de capitales.

La obligación de conservar los registros de transacciones se encuentra instituida en el artículo 73 de la ley. Postula la norma que “Las instituciones a que refiere el artículo anterior deberán llevar y mantener en las condiciones que establezca la reglamentación del Banco Central del Uruguay, registros y correspondencia comercial que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras que superen el monto que establezca dicha reglamentación y una base de datos que permita acceder rápidamente a la información sobre operaciones financieras”.

Con referencia a la responsabilidad administrativa y penal de las entidades financieras, se encuentra regulada por el art. 71 de la ley. Desde el punto de vista institucional, esta norma se aplica a las empresas que realicen intermediación financiera comprendidas por el *decr. ley* 15.322, a los bancos regulados por la ley 16.131, a las casas de cambio que refiere el art. 56 de la ley 16.696 y a todas las personas físicas y jurídicas sujetas al contralor del Banco Central. Estas empresas deberán ajustarse a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delito por la presente ley.

Se delega entonces en órganos administrativos el dictado de medidas de contralor y prevención para impedir operaciones de lavado. Esas medidas obligarán, *imperium legis*, a los sujetos mencionados, y pueden recaer tanto sobre el contralor de bienes procedentes de los delitos de tráfico como de los de lavado, y por ende también sobre el producto de

la aplicación de los primeros. Se señala también que la transgresión a las normas que se dicten podrá dar lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el decr. ley 15.322 con la redacción dada por la ley 16.327.

Lo hasta aquí expuesto tiene relevancia en la órbita administrativa y del Banco Central. En lo que atañe a la materia penal, que es lo que importa en este trabajo, debemos remitirnos al inciso final del art. 71 que venimos examinando: "Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero".

Este inciso simplemente consagra un principio general, que sería de aplicación aun cuando el mismo no existiera. Simplemente dice que los directores, administradores, etcétera, de las empresas mencionadas podrán ser autores o cómplices o coautores de los delitos previstos en la presente ley. Por lo tanto, se optó por no estatuir un delito autónomo para juzgar la responsabilidad propia de los operadores que se desempeñan en las instituciones de intermediación financiera. El proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo contenía un tipo autónomo de peligro abstracto por el cual la sanción penal recaía en tanto se vulneraran las disposiciones del Banco Central dirigidas a prevenir el lavado de activos. Se trataba de una norma en blanco, sin ninguna estrechez con el bien jurídico tutelado, que sólo comprendía un supuesto de refuerzo penal a la normativa del Banco Central y que afortunadamente no prosperó en el Parlamento. En la ley brasileña 9613 son rastreables similares obligaciones de contralor, al igual que en las legislaciones argentina y paraguaya.

Conforme a la nueva ley 17.343, estas cargas de vigilancia comprenderán también las operaciones provenientes de los delitos antecedentes enumerados en el ahora art. 81 de la ley 17.016, siéndoles aplicables las circulares del Banco Central dictadas al amparo de los citados arts. 72 y 73 de dicha ley. Esta inclusión estaba ya prefigurada por la circular 1713 del Banco Central uruguayo, que imponía obligaciones de con-

tralor no sólo en delitos de tráfico de drogas, sino también en materia de terrorismo y otros delitos de tráfico.

§ 58. EVOLUCIÓN DE LA NÓMINA DE SUJETOS OBLIGADOS A REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS EN LA ARGENTINA Y EL URUGUAY. LOS PROFESIONALES UNIVERSITARIOS. — La preocupación internacional demostrada por organismos tales como el GAFI o la OCDE en el sentido de que las naciones unifiquen sus legislaciones sobre lavado de activos ha derivado en una paulatina extensión de los delitos antecedentes a esta figura. Sin duda que todo este proceso de ampliación de los delitos cuyos fondos pueden ser objeto material del delito de lavado de activos se dirige a la persecución de tales fondos, englobados dentro del concepto de “transferencias ilícitas”. La pregunta es si el próximo paso no será incluir dentro de los fondos objeto de los delitos de blanqueo o lavado de capitales aquellos provenientes de la evasión fiscal. Pero esta paulatina ampliación de la nómina de delitos cuyos fondos son objeto del delito de lavado va acompañada siempre de un conjunto de obligaciones y cargas para diversos sujetos, no sólo para las instituciones financieras. Entre dichas cargas se destaca la de denunciar las transacciones consideradas sospechosas a unidades especializadas en inteligencia financiera. El repertorio de sujetos obligados también viene aumentando paulatinamente.

En el caso argentino, las cargas de vigilancia y reporte han sido establecidas por el art. 21 de la ley 25.246³³. En

³³ Dicha disposición impone las siguientes obligaciones: “a) recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva. Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios a efectos de que se identifique la identidad de la persona por quienes actúen. Toda información deberá archivar por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca.

”b) Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad

el art. 20 de dicha ley argentina se establece quiénes son los sujetos obligados a informar y a recabar los datos identificatorios del cliente consignados como obligación en el art. 21. Son las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526 y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, las personas físicas o jurídicas que exploten juegos de azar, agentes y sociedades de bolsa, agentes de mercado abierto electrónico, intermediarios en títulos valores que operen bajo la órbita de bolsas de valores, agentes intermediarios inscriptos en los mercados de futuros y opciones cualquiera sea su objeto, los registros públicos como los de comercio, de fiscalización y control de personas jurídicas, de la propiedad inmueble, los registros del automotor y prendarios. También las personas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática o a la negociación, importación o exportación de joyas o metales preciosos, las empresas aseguradoras, las emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra, las dedicadas al transporte de caudales, las prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de distintos tipos de moneda o billete, los escribanos públicos, los contadores públicos —excepto cuando actúen en defensa en juicio—, las personas jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros, los productores y asesores de seguros, etcétera.

Llama poderosamente la atención la inclusión de profesionales liberales en este conjunto de sujetos obligados ya que, por regla, este tipo de sujetos se encuentran amparados por un intenso secreto profesional. Debido a ello, pensamos que la ley comporta un quiebre a este deber de reserva.

Esta larga lista de profesionales y comerciantes tienen el deber de informar las transacciones sospechosas a la Unidad de Información Financiera, órgano creado por la propia ley,

de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada. La Unidad de información financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad.

"c) Abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley."

y para cumplir con esa obligación no podrán ampararse en el secreto bancario, fiscal o profesional, ni en compromisos de confidencialidad establecidos por la ley o el contrato "cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente del lugar donde la información deba ser suministrada o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de ésta, o por cualquier tribunal competente con fundamento en esta ley".

En nuestra opinión, nos parece claro que se legisla una suerte de abolición del secreto. Ello no cambia con la pretensión de mitigarla mediante el fenómeno de su traslación, establecido por el artículo 22 de la misma ley³⁴.

Además de ello, y a diferencia de la legislación uruguaya, la legislación de la República Argentina estatuye un tipo omisivo con el fin de sancionar penalmente el defecto de vigilancia e información. En efecto, el art. 24 establece: "La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera creada por esta ley será sancionada con una pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave". Esta disposición, según se desprende de ella, se refiere exclusivamente al denominado "deber de informar" y no contempla la omisión de otros contralores, como por ejemplo los deberes de conocimiento y seguimiento del cliente, por lo que la deliberada omisión de estos deberá analizarse, desde el punto de vista de la reprochabilidad penal, conforme a los principios generales de la coparticipación criminal. Es de destacar que la disposición es, además, de naturaleza subsidiaria, pues contiene un principio de reenvío ("y cuando el hecho no constituya un delito

³⁴ Dice la norma citada: "Los funcionarios y empleados de la Unidad de Información financiera están obligados a guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en su consecuencia. El mismo deber de guardar secreto rige para las personas y entidades obligadas por esta ley a suministrar datos a la Unidad de Información Financiera. El funcionario o empleado de la Unidad de Información Financiera, así como también las personas que por sí o por otro revelen las informaciones secretas fuera del ámbito de la Unidad de Información financiera, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años".

más grave”), lo que también nos da la pauta de que la disposición consagra un delito y no una infracción administrativa. En nuestra opinión, la disposición sólo sanciona el defecto de información de manera abstracta, pero cuando ese defecto de información esté dirigido a facilitar o coparticipar en una real operativa de lavado, la conducta se juzgará por los principios generales de la coparticipación. A esa conclusión llegamos porque el partícipe en cualquiera de los tipos de los arts. 277 y 278 del Código Penal argentino, en la redacción dada por la ley 25.246, será sancionado con pena privativa de libertad, mientras que la falta de información es penada con multa. Por ello, la norma del art. 24 de la ley es subsidiaria incluso de la participación en los tipos activos de blanqueo de capitales.

En el Uruguay, se ha establecido también un sistema de reporte de la transacción sospechosa pero por circular del Banco Central y sin respaldo legal, así como sin cláusula de exención de responsabilidad. Su alcance en cuanto a la nómina de sujetos obligados es notoriamente más limitado que la legislación argentina. En efecto, la circular 1722 del Banco Central uruguayo crea la Unidad de Información Financiera, orgánicamente ubicada dentro del propio Banco Central y en ella los sujetos obligados son aquellas personas físicas o jurídicas sujetas al contralor del Banco Central del Uruguay³⁵.

³⁵ Dicha Unidad está facultada a: “a) recibir, solicitar, analizar y remitir a la Justicia competente, cuando corresponda, la información referida a transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de impedir el delito de blanqueo de activos previsto en los artículos 54 y siguientes del decreto ley 14.294 de 31 de octubre de 1974 incorporados por el artículo 5 de la ley 17.016 de 22 de octubre de 1998;

”b) dar curso –a través de los organismos competentes en cada caso y de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional– a las solicitudes de cooperación internacional en la materia;

”c) brindar asesoramiento en materia de programas de capacitación a que refiere el artículo 74 del decreto ley 14.294 de 31 de octubre de 1974 incorporado por ley 17.016 de 22 de octubre de 1998 y artículos 1 y siguientes del decreto 398/1999 de 15 de diciembre de 1999;

”d) proponer la sanción de normas generales o dictar instrucciones particulares en la materia de sus competencias, dirigidas a los sujetos legalmente obligados.

”3) (Operaciones sospechosas). Se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones efectuadas o no realizadas en forma periódica o aislada, que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulten

Indudablemente, esta circular es aplicable también a todas aquellas transacciones provenientes o que involucren fondos derivados de los delitos o actividades de tráfico estatuidas como delitos antecedentes por la nueva ley 17.343. Esta ampliación del repertorio de delitos antecedentes de la figura del blanqueo, impuesta sin duda por organismos internacionales que pretenden una unificación de las legislaciones nacionales en esta materia, parece estar demostrando que en realidad la preocupación internacional no está centrada en la represión del tráfico ilícito de drogas, sino en la detección de las llamadas "transferencias ilícitas de fondos". La llamada "lucha contra el tráfico de drogas" condujo luego a la persecución del dinero de los traficantes mediante las recomendaciones de la Convención de Viena de 1988 para tipificar los delitos de blanqueo de capitales. Esas recomendaciones trajeron consigo disposiciones o nuevas recomendaciones que pretendían convertir el secreto bancario nacional en inoponible a los pedidos de cooperación penal internacional (art. 7º, inc. 3 de la Convención de Viena). Pero posteriormente no bastó con perseguir el blanqueo de dinero proveniente del narco-tráfico. La Convención Interamericana contra la Corrupción también recomendó tipificar en las legislaciones internas la ocultación o el aprovechamiento de bienes provenientes de actos de corrupción pública³⁶ en su art. VI, d. Esa misma convención, en su art. XVI, dispone: "El Estado parte requerido

inusuales, sin justificación económica o legal evidente, o de complejidad inusitada o injustificada. Los sujetos obligados a informar deberán poner en conocimiento de la Unidad de Información y Análisis Financiero aquellas transacciones comprendidas en el inciso anterior, en las que a su juicio existan indicios o sospechas fundados de estar relacionados con la legitimación de activos provenientes de actividades delictivas, en forma inmediata a ser calificadas como tales.

"4) (Deber de informar. Sujetos obligados). Estarán obligados a informar operaciones sospechosas, conforme se definen en el artículo anterior, las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el decreto ley 15.322 de 17 de setiembre de 1982, los bancos de inversión, las casas de cambio, las compañías de seguros, las administradoras de fondos de ahorro previsional, las bolsas, corredores e intermediarios de valores, las administradoras de fondos de inversión y en general todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay. Las informaciones referidas precedentemente serán aportadas en la forma y con los requisitos que establezca la reglamentación respectiva."

³⁶ El aprovechamiento o la ocultación de bienes provenientes de un delito anterior es esencialmente la materialidad del lavado de capitales.

no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado parte requirente amparándose en el secreto bancario". Esta convención motivó también que el Uruguay tipificara el blanqueo de capitales provenientes de delitos contra la Administración Pública (art. 30 de la ley 17.060).

Más adelante, como ya vimos, no bastaba tener tipificado el lavado de capitales provenientes del tráfico de drogas o de actos de corrupción pública. Se debió entonces ampliar el elenco de delitos antecedentes a otros actos de tráfico por exigencia del Grupo de Acción Financiera (GAFI), y así se gestó la ley 17.343 ya analizada.

Es por lo tanto lícito preguntarse si el camino recorrido no apunta a la globalización de la información financiera con el propósito del rastreo internacional de las llamadas "transferencias ilícitas". También nos preguntábamos si el próximo paso no será incluir dentro de los fondos objeto de los delitos de blanqueo o lavado de capitales aquellos provenientes de la evasión fiscal, con toda la problemática que ello acarrea. Y así lo afirmamos porque pensamos, y ya lo hemos dicho, que la persecución de la evasión tributaria, en tanto existen legislaciones diversas y los intereses de las haciendas son eminentemente coyunturales y territoriales, debe quedar fuera de esa globalización financiera que se pretende imponer. Esa globalización está dirigida a mitigar institutos de política económica y financiera lícita por los que han optado algunos países, el Uruguay entre ellos, como lo es la preservación de la privacidad financiera y fiscal.

No puede ser cuestionable de manera absoluta que se impongan determinadas obligaciones de contralor y prevención a sujetos corporativos que se encuentran enclavados en la ruta de fondos lícitos pero que perfectamente pueden mezclarse con fondos de origen delictivo, sin perjuicio, claro está, que esa política entraña un desplazamiento hacia sujetos privados de cargas de policía que son propias de los agentes estatales de control social. Más allá de esa innegable y hasta ahora no suficientemente fundamentada asignación a privados de roles de policía, el fenómeno deja problemas sin resolver. En primer lugar, las cargas de vigilancia generan costos a los sujetos obligados que no son compartidos por el Estado, ni

siquiera mediante el sistema de exoneraciones tributarias³⁷. Pero lo más importante es que esta política criminal debería ser extremadamente cautelosa en la selección de los sujetos obligados a informar, pues en su actual instrumentación viene arrasando con un principio cardinal del Estado democrático de derecho, como lo es el secreto profesional. La consecuencia más grave de esta política criminal parece ser la inclusión de profesionales liberales en la nómina de sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas, con la consiguiente ruptura al compromiso de confidencialidad que es inherente a ese tipo de actividades.

Siguiendo los pasos de la legislación argentina, y aun sobrepujándola, el proyecto de ley uruguayo citado amplía notablemente el elenco de sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas, llegando a incluir en él hasta a los abogados³⁸. Ciertamente es que no se pretende incluir a todos los

³⁷ De esta manera, la carga de seguimiento operativo del cliente tiene, para las instituciones financieras un costo importante. El Estado debería coparticipar en ese costo, y una de las medidas posibles para esa coparticipación es la exoneración tributaria.

³⁸ El artículo 1º del Proyecto otorga rango legal a la obligación de reporte que pesa sobre los sujetos cuyo contralor ejerce el Banco Central del Uruguay y a la definición de operación sospechosa contenida en la Circular 1722. Así establece la disposición que "Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay estarán obligadas a informar aquellas transacciones que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulten inusuales, sin justificación económica o legal evidente, o de complejidad inusitada o injustificada, así como también las transacciones financieras que involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud, a efectos de impedir el delito de lavado de activos previsto en los arts. 54 y siguientes del decreto ley 14.294 de 31 de octubre de 1974 incorporados por el art. 5º de la ley 17.016 de 22 de octubre de 1998, con las modificaciones introducidas por la ley 17.343 de 25 de mayo de 2001; y el delito previsto en el artículo 21 de la presente ley. Las informaciones referidas precedentemente serán aportadas a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay en la forma que establezca la reglamentación que éste dicte. El incumplimiento de la obligación de informar determinará la aplicación, según las circunstancias del caso, de las sanciones o medidas administrativas previstas en el decreto ley 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la ley 16.327, de 11 de noviembre de 1992".

Por su parte, el art. 2º del Proyecto amplía la lista de sujetos obligados a informar: "También estarán sujetos a la obligación prevista en el artículo anterior, los casinos, las empresas que presten servicios de transferencia y/o envío de fondos, las inmobiliarias, las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compra y la venta de antigüedades, de obras de arte y de metales preciosos, y los abo-

profesionales de las áreas contable o jurídica como sujetos obligados a la obligación de reporte. Pero el Proyecto delimita a los profesionales obligados mediante una fórmula extremadamente ambigua, caracterizándolos como aquellos “que realicen transacciones financieras o participen en la administración de sociedades comerciales a nombre y por cuenta de terceros”³⁹. La falta de precisión de la definición se compadece también con la falta de precisión en la definición de lo que el Proyecto considera como operación sospechosa:

Pero lo más trascendente es que se pretende desplazar cargas de vigilancia hacia sujetos que hasta ahora poseían el más intenso e inviolable estatuto de confidencialidad, como lo son los profesionales liberales, y muy especialmente los abogados. El secreto profesional del abogado hasta ahora ni siquiera podía ser relevado por un juez del fuero criminal⁴⁰. El Proyecto uruguayo ahora prevé que, a pedido de la UIAF, el juez competente⁴¹ releve al profesional universitario, incluido al abogado, de su secreto profesional para permitir que la UIAF acceda a información o documentación en su poder⁴².

gados, escribanos, contadores y otras personas físicas o jurídicas que realicen transacciones financieras o participen en la administración de sociedades comerciales a nombre y por cuenta de terceros”. En su inciso final se establece una sanción de naturaleza administrativa para la violación a esta obligación: “Las transgresiones de los preceptos contenidos en este artículo y en las respectivas reglamentaciones, podrán determinar la aplicación por parte del Poder Ejecutivo, según las circunstancias del caso y previo informe de la Unidad de Información y Análisis Financiero del Banco Central del Uruguay, de una multa mínima de 1.000 Unidades Indexadas y una multa máxima de 31.800.000 Unidades Indexadas”.

³⁹ Al respecto, el Código de Ética del Colegio de Abogados del Uruguay no limita el ejercicio de la abogacía al patrocinio en juicio, señalando que “Se entiende por ejercicio de la abogacía el patrocinio, representación o defensa de terceros ante tribunales y otras autoridades, y el asesoramiento legal”.

⁴⁰ El artículo 3.9.3 del Código de Ética del Colegio de Abogados del Uruguay reafirma la condición de inoponible que tiene el secreto profesional: “El secreto profesional puede y debe oponerse ante cualquier autoridad pública, y no puede ser relevado contra la decisión del abogado”.

⁴¹ En primera instancia no sería otro que el juez con competencia en lo penal.

⁴² Artículo 5º: “La Unidad de Información y Análisis Financiero estará facultada para solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones a los sujetos obligados por la presente ley, así como a cualquier organismo público, los que se encontrarán obligados a proporcionarlos dentro del término fijado por la Unidad, no siéndole oponibles a ésta disposiciones vinculadas al secreto profesional u otra

Por más que este relevamiento del secreto profesional alcance sólo al aspecto del ejercicio vinculado a la realización de transacciones financieras o a la participación en sociedades comerciales por cuenta y orden de terceros, esa actividad es parte del ejercicio profesional y en nuestra opinión esa información tiene el mismo estatuto de confidencialidad que si se tratara de ejercicio profesional en materia litigiosa⁴³. Pese a que el propio Proyecto establece que el cumplimiento de buena fe de la obligación de informar no configura violación al secreto profesional⁴⁴, esa es una declaración que evade la materia legislativa y colisiona con el texto constitucional. Anticipándonos a esta posible inclusión de profesionales universitarios, y especialmente de abogados como sujetos obligados al reporte de operaciones sospechosas, nos pronunciamos acerca de la inconstitucionalidad de una medida legislativa de esa naturaleza⁴⁵. La inconstitucionalidad reside en que la im-

obligación de reserva. En el caso en que la Unidad deba requerir información protegida por el secreto que rige la actividad de los profesionales universitarios, deberá solicitar el levantamiento de dicho secreto ante el juez penal competente. El sujeto obligado requerido no podrá poner en conocimiento de las personas involucradas las actuaciones e informes que sobre ellas realice en cumplimiento de la obligación impuesta en el presente artículo”.

⁴³ El artículo 3.9.2 del Código de Ética del Colegio de Abogados del Uruguay define rigurosamente al secreto profesional: “El deber de secreto comprende las confidencias recibidas del cliente, las recibidas del adversario, las de los colegas, las que resulten de entrevistas para conciliar o realizar una transacción, las obtenidas por el abogado en el curso de su actividad profesional, y las hechas por terceros al abogado en razón de su profesión. En la misma situación se encuentran los documentos confidenciales o íntimos entregados al abogado”.

⁴⁴ Dice el artículo 4º del Proyecto que “El cumplimiento de buena fe de la obligación de informar prevista en los artículos 1º, 2º, 5º, y 22, en tanto se ajuste a los procedimientos que al respecto establezca el Banco Central del Uruguay o el Poder Ejecutivo en su caso, no configurará violación del secreto profesional y no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa ni de ninguna otra especie”. Nótese asimismo que la cláusula de exención de responsabilidad es incluso incompleta, pues no contempla la responsabilidad por hecho lícito.

⁴⁵ Así lo dijimos en *Lavado de activos y secreto profesional*, en coautoría con Raúl CERVINI y Luiz Flavio GOMES, “Cuadernos del ICEPS”, Álvarez, Montevideo, 2002. En esa ocasión señalamos: “El secreto profesional del abogado es quizás el más intenso de los secretos, y no podemos olvidar que este instituto tiene clara raigambre constitucional, desde que constituye una faceta del derecho a la privacidad. No dudamos por ello en afirmar que el secreto profesional, y más aún en el caso del abogado, es inherente al régimen republicano de gobierno, y como tal se encuentra amparado por el artículo 72 de la Constitución de la República”.

posibilidad de relevar el secreto profesional del abogado es inherente a la forma republicana de gobierno, cuyos principios jurídicos se desprenden del art. 72 de la Constitución uruguaya⁴⁶. Dentro de las diversas clases de secretos tutelables hay algunos que tienen mayor intensidad que otros, y eso se refleja en la posibilidad de que un organismo estatal releve o levante la obligación de guardar reserva. Así, es pacíficamente admitido que el secreto profesional del abogado no puede ser relevado por la autoridad judicial. Por ejemplo, el art. 207 del Código del Proceso Penal brasileño prohíbe el testimonio de aquellas personas que “en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deban guardar secreto, salvo si, relevadas por la parte interesada, quisieran dar su testimonio”. Similar disposición contiene el art. 220 del Código del Proceso Penal uruguayo, estableciendo expresamente que el abogado, el procurador y otros profesionales están impedidos de brindar testimonio de los hechos secretos llegados a su conocimiento.

Independientemente del problema de la constitucionalidad, un aspecto no exento de complejidad consiste en definir la actitud que debe seguir el profesional que informó una operación de su cliente. El artículo 3^a del Proyecto establece que “Ningún sujeto obligado podrá poner en conocimiento de las personas involucradas las actuaciones e informes que sobre ellas realicen en cumplimiento de la obligación impuesta en los artículos 1^o, 2^o, y 22 de la presente ley”. Esta cláusula de reserva siempre ha inquietado, ya que deja al sujeto obligado en una suerte de nebulosa en su relación con el cliente, pues, en puridad, esa relación, en tanto entraña un intenso grado de confidencialidad, se encuentra quebrada luego del reporte y por lo tanto la conducta que se impondría sería poner fin a la misma. Sin embargo, el cese intempestivo e injustificado de la relación profesional puede indirectamente hacer que el cliente sospeche que ha sido denunciado.

El Proyecto uruguayo recoge el criterio de que “Una vez formulado el reporte, la Unidad de Información y Análisis Financiero deberá instruir a quien lo realice, respecto de la

⁴⁶ Dice el artículo 72 de la Constitución uruguaya: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

conducta a seguir con relación a las transacciones objeto del mismo y de la relación comercial con el cliente". No se define sin embargo qué sucede cuando las instrucciones de la UIAF son violatorias de códigos de conducta comercial o derivan directamente en una coparticipación más intensa del obligado en la investigación criminal.

El mismo proyecto excluye de la obediencia a esas instrucciones a los profesionales universitarios. El citado art. 3º establece que "Esta disposición no es aplicable a los abogados, escribanos y contadores, quienes resolverán la actitud a asumir en cada caso concreto de conformidad a los códigos de ética y a los usos y costumbres de sus respectivas profesiones". Sin embargo, el Proyecto no es claro acerca de si el profesional universitario está exento de obedecer la instrucción de la UIAF o si también está exento de poner en conocimiento del cliente que lo ha denunciado. En cualquier caso, su posición como sujeto portador de un deber de confidencialidad ha quedado desvanecida. En este aspecto queremos ser contundentes en cuanto a que el profesional universitario que informa sobre una operación de su cliente no puede continuar la relación profesional; debe inexorablemente poner fin a ella, pues ha quebrantado la relación de confianza que es la esencia del privilegio entre el profesional y el cliente. Si continúa con la relación, quebranta sus deberes éticos. El problema habrá de presentarse en cuanto a las explicaciones que el profesional deberá presentar al cliente para justificar el cese de la vinculación. El Proyecto no resuelve ese problema. Y no lo resuelve porque el sistema va más allá de lo que podría ir en un Estado de derecho. El límite es la obligación de conocimiento y de cese de la relación cuando el profesional advierte operaciones sospechosas llevadas a cabo por el cliente, pero no las denuncia⁴⁷. El problema entonces

⁴⁷ El artículo 3.3.6 del Código de Ética del Colegio de Abogados del Uruguay establece el criterio del rechazo o abandono del cliente, mas no legitima la denuncia: "El abogado deberá abstenerse de actuar profesionalmente en cualquier operación si a su criterio existieren indicios de que la misma pudiere implicar la comisión u ocultamiento de un acto ilícito".

Las únicas hipótesis de quebrantamiento del sigilo están establecidas en el artículo 3.9.4. Esta disposición establece que "Sólo podrá justificarse el apartamiento del abogado del deber de secreto profesional: a) cuando exista un conflicto entre el abogado y el cliente, en cuyo caso podrá revelar únicamente lo

es delicado y en ocasiones concretas insoluble, pues deriva de la destrucción de un privilegio de confidencialidad inherente a la democracia.

§ 59. BREVE CONCLUSIÓN. — A modo de conclusión primaria, no podemos dejar de señalar los riesgos que este tipo de regulaciones entrañan sobre el secreto profesional y asimismo su dudosa eficacia. Con mayor lentitud, la ley uruguaya parece acercarse a la ley argentina en materia de sujetos obligados y en la ampliación de la nómina de delitos antecedentes. Esta última circunstancia no debería preocuparnos a no ser porque ella necesariamente acompaña a la primera. Y es precisamente en la primera, en la ampliación de los sujetos obligados a reportar, donde debería imperar la prudencia. Ninguna corporación ni ningún profesional liberal desea ser utilizado en un proceso de lavado de activos. Pero existen mecanismos autorreguladores para evitar que así suceda, y aun cuando suceda, parece ello preferible a sacrificar uno de los pilares del Estado de derecho, como lo es el privilegio de confidencialidad entre profesional y cliente. Por cierto también que, si el profesional es copartícipe de la operativa de lavado, no puede invocar secreto alguno; es un indagado más y su calidad de profesional universitario no es un equivalente a la inmunidad. Este tipo de normativas, sin embargo, persigue otra finalidad, que es colocar a los profesionales y a otros agentes en situación de “antenas”. El combate a la criminalidad organizada es uno de los grandes desafíos de los tiempos modernos, pero ese combate no puede abordarse mediante el sacrificio de libertades y garantías, ni modificando el papel de las profesiones universitarias para convertirlas en fiscales de sus clientes.

que sea indispensable para su propia defensa; o b) cuando su cliente le comunica la intención de cometer delito, en cuyo caso el alcance de este deber queda librado a la conciencia del abogado quien, agotados otros medios, puede hacer las revelaciones necesarias para prevenir el acto delictuoso o proteger a las personas en peligro”. Como puede verse, son las clásicas excepciones relativas a la autodefensa y al estado de necesidad justificante.

CAPÍTULO XII

EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO*

§ 60. INTRODUCCIÓN. — La ley brasileña 9613/98 regula acerca de los crímenes de lavado u ocultamiento de bienes, derechos y valores; la prevención de la utilización del sistema financiero para los ilícitos previstos en ella, y crea el Consejo de Control de Actividades Financieras COAF, entre otras disposiciones. Es la única Ley Federal sobre este tema en el ámbito criminal.

Si se tienen en cuenta todos los esfuerzos mundiales desencadenados (a lo largo de la década de 1990) con el propósito de que fuesen creados los instrumentos jurídicos aptos para el control del lavado de capitales y si se considera además la presión externa mundial, particularmente la norteamericana, se comprende fácilmente el origen de la ley 9613/98, que está en vigencia desde el 4 de marzo de 1998.

Se trata de una ley neocriminalizadora; evidentemente no es retroactiva. En otras palabras, la ley nueva no alcanza hechos precedentes, salvo en lo que concierne a los núcleos verbales que denotan actividad permanente, por ejemplo: tener en depósito dinero “sucio”. En ese caso, se trata de un crimen permanente; aun después del advenimiento de la ley, la conducta continuó siendo practicada. Por lo tanto, ingresó en su ámbito de incidencia.

* Por LUIZ FLAVIO GOMES. Master en Derecho Penal (Universidad de São Paulo). Doctor en Derecho Penal (Universidad Complutense de Madrid). Director del IELF (Instituto de Enseñanza Luiz Flavio Gomes).

§ 61. CONCEPTOS Y ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL TEMA. — a) *LAVADO DE CAPITAL Y GLOBALIZACIÓN*: La década de 1990 estuvo marcada no sólo por la definitiva consolidación de la era de la globalización, sino también por la preocupación de criminalizar el delito del “lavado de dinero”, conocido internacionalmente como *money laundering*, *blanchiment d'argent*, o *reciclaje del dinero*; que significa, en pocas palabras, “lavado” o “blanqueamiento” de bienes, derechos y valores derivados de una actividad ilícita anterior (en el caso brasileño: tráfico de drogas, de armas, terrorismo, contrabando, extorsión mediante secuestro, crímenes contra la Administración Pública, contra el sistema financiero o incluso derivado de una organización criminal; ver art. 1.^o de la ley 9613/98).

Se trata de una actividad ilegal que ya estaría involucrando cerca de un billón de dólares por año¹. Ese total sólo es menor que pocos productos brutos internos en el mundo y se aproxima al de la octava economía mundial (Canadá). En el libro *Crime organizado*² ya reivindicábamos, para Brasil, la neo-criminalización de la conducta de “lavar” dinero y bienes derivados de crímenes. Decíamos que para el control del crimen organizado sería fundamental la criminalización de la conducta de quien “lava” (regulariza, legaliza o legitima) el dinero obtenido con las actividades de la organización criminal. Sin la posibilidad de legislación de ese dinero habría mayor posibilidad de control de las asociaciones criminales.

En la Conferencia Mundial de la ONU realizada en Nápoles, en noviembre de 1994, esta cuestión tomó gran importancia. “La identificación de los grupos empresariales que administran el dinero del crimen, un acuerdo para identificar a las personas que mueven millones de dólares sin tener cómo justificarlos, el secuestro de los bienes adquiridos con el dinero del crimen y el congelamiento de las fortunas conseguidas por los criminales” son algunos de los puntos aprobados en esa Conferencia³. Río de Janeiro y San Pablo fueron consi-

¹ Cfr. BETING, Joelmir, artículos publicados en “O Estado de São Paulo”, 21/3/97, p. B2, y “O Estado de São Paulo”, 19/10/01, p. B2.

² GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, *Crime organizado*, 2.^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 191.

³ Cfr. “O Estado de São Paulo”, 24/11/94, p. C1.

derados centros financieros involucrados en el lavado de dinero "sucio".

En 1998, el legislador brasileño, haciéndose eco de las "modernas" tendencias del derecho penal globalizado (derecho impuesto por las necesidades y conveniencias de todos los países, pero principalmente de quien ostenta el control de la información y, en consecuencia, de los rumbos de la economía mundial) transformó en texto legal el proyecto de ley 2288/96 (que trataba del lavado de capitales).

Pero el éxito del control del dinero "sucio" (cada vez más improbable), sin embargo, como se sabe, dentro de una economía globalizada, depende no solamente de nuevas leyes penales, sino también y sobre todo de una nueva ética en esa economía mundial, además de personal especializado que conozca internamente el mundo del "lavado" de dinero y/o bienes (eso implica, sin ninguna duda, tener *software*, *hardware* y recursos humanos adecuados), de un incrementado sistema de control financiero-administrativo y, especialmente, de una amplia integración internacional.

b) *ORIGEN NORMATIVO DE LA MATERIA*: El origen de la preocupación por el tema del "lavado de capitales", en términos mundiales, está en la Convención de la ONU, realizada en Viena, en 1988 (Convención sobre el Tráfico de Estupefacientes y Lavado de Bienes). La citada Convención fue ratificada por Brasil en 1991 (decr. 154/91).

Se puede notar claramente un vínculo directo entre la intención norteamericana criminalizadora del lavaje, que no ha conseguido, a pesar de los grandes esfuerzos represivos, disminuir el número de usuarios de droga.

A principios de los años noventa, se creía (y aún hoy se transmite ese discurso *urbi et orbi*) en una doble y equivocada quimera: que los narcodólares serían confiscados y que confiscando todo el dinero del narcotráfico, se podría acabar con el consumo de drogas. Hoy se sabe que todo era una ilusión. Los narcotraficantes tienen los más modernos y espectaculares medios de información, y ahora están creando sus propias redes de comunicación, de operaciones financieras, etcétera.

Algunos afirman que con la criminalización del lavado por lo menos se pena más duramente el tráfico (doble castigo).

En eso reside la creencia de que la sanción penal, por sí sola, es suficiente para la prevención de la delincuencia (es la prevención disuasiva, hace ya mucho tiempo abandonada por la moderna criminología). La base ética de la pena del lavado sería: por un lado, se procura impedir que un capital ilícito tenga curso en el mercado; por otro, se evidencia que el dinero ilícito lavado puede generar otros ilícitos (el dinero “sucio” de las drogas puede financiar el comercio ilícito de armas, la corrupción, la subversión, etc.).

c) *DINERO “SUCIO” VERSUS DINERO “NEGRO”*. *INJUSTIFICABLE DISCRIMINACIÓN*: De cualquier modo, en términos político-criminales, lo que se puede cuestionar, desde luego, es la distinción que se hace (desde la Convención de Viena) entre dinero “sucio” y dinero “negro”: éste deriva del encubrimiento fiscal, de la economía paralela; aquel viene de otros ilícitos penales.

Cabe observar, desde luego, que la ley brasileña decidió no criminalizar el lavado de dinero “negro”, lo que es político-criminalmente criticable. La elección de lo que se criminaliza, por otra parte, bien revela la selectividad de lo que se pretende ver inserto en el *input* del sistema penal. Una de las fundamentales características del derecho penal de la globalización no es, como se ve, la búsqueda del valor “justicia” en las decisiones criminalizadoras, sino su instrumentalización, conforme a las conveniencias de cada momento.

§ 62. EL LAVADO DE DINERO: CONCEPTO Y FASES DEL PROCESO. — Lavado de capitales (de dinero, bienes y valores), en pocas palabras, significa la conversión de dinero o bienes ilícitos en capitales *aparentemente* lícitos. La palabra “lavado” tiene origen en la década del veinte, en los Estados Unidos, época en la que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que obtenían con sus actividades criminales.

El proceso del “lavado de bienes, dinero y valores”⁴, en su forma más completa, posee tres fases: la primera es la

⁴ En consonancia, CERVINI, Raúl, *Lei de Lavagem de Capitais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

de la *colocación* del dinero o bienes en el mercado, ocultando su origen. Esa colocación puede consistir en un depósito bancario, en la adquisición de un bien, en una aplicación, en una transferencia bancaria, etc. Muchas veces también se utiliza ya en esa fase dinero lícito. Lo ilícito se suma a lo lícito y de ese modo se da comienzo al proceso de "mimetismo" (camuflaje) del dinero o bien objeto de transacción. De cualquier manera, la preocupación es "despersonalizar" el rédito del crimen, esto es, hacerlo desaparecer de su posesión directa, de su control directo (los sacos y sacos de dinero obtenidos en el tráfico de drogas deben ser reducidos lo más rápidamente posible). En esa primera fase del lavado, las instituciones bancarias son las más usadas.

La segunda fase se caracteriza por la *superposición de transacciones*. El objetivo ahora es el de distanciar el "capital" de su origen. Se incrementa el proceso de mimetismo. No sólo la red bancaria es útil: ahora también se aplica en acciones (bolsas de valores), inversiones, etcétera. Cuanto más transacciones (o transferencias) son hechas, más el capital gana la apariencia de lícito (lo que dificulta sobremanera la prueba del crimen).

La tercera fase consiste en la *reversión del capital al mercado*: de modo lícito (compra de muebles, de oro, de acciones, de joyas, etc.) o ilícito (financiamiento de nuevos delitos).

En Brasil, en los últimos tiempos, el mecanismo más utilizado para el lavado de capitales tal vez haya sido el de las cuentas CC5 (cuentas para no residentes en el país). Todo el dinero ilícito es remitido a una cuenta con nombre ficticio en un paraíso fiscal (a veces pasando antes por algún centro financiero norteamericano: Nueva York, Miami, etc.; no falta algún "gestor" que facilite esa simple operación). Se abre en seguida una cuenta de no residente en Brasil, en un banco autorizado. Se transfiere el dinero del paraíso fiscal hacia Brasil. Un representante en ese país (que puede ser el propio dueño del capital o algún "ingenuo") mueve la cuenta normalmente, y así se va lavando el dinero.

Otra operación frecuente: las casas de cambio paraguayas poseen muchas cuentas de no residentes en Brasil. Reciben muchos reales de comerciantes paraguayos, que los cambian por dólares. Después depositan esos reales en Brasil. En el momento en el que se realiza esa operación es perfectamente

posible incorporar dinero sucio al dinero limpio. ¡Todo resulta lavado! Quien tiene mucho dinero (más de 5 millones) puede participar de algún fondo internacional. Después el fondo invierte el dinero en Brasil (con todas las exenciones fiscales y, quizás, con todas las inmunidades penales).

§ 63. RAZONES PARA EL INCREMENTO MUNDIAL DEL LAVADO DE CAPITALES. — Algunos miles de millones de dólares son lavados todos los años (como vimos, ya se habla del orden de un billón). ¿Y por qué viene creciendo tanto ese tipo de actividades? Porque aumentaron en forma alarmante los ilícitos penales, particularmente los relacionados con el tráfico de drogas, y, en consecuencia, sus réditos (“rendimientos”); porque el volumen enorme de dinero ilícito no tiene cómo ser gerenciado y administrado por particulares sin el concurso de entidades financieras, bancarias, comerciales, etc.; porque hoy es irrefutable la transnacionalización o globalización tanto de la economía como de las organizaciones criminales; porque actualmente se volvió muy fácil, con la utilización de la informática, hacer transacciones internacionales *on line* (con sólo accionar un botón se transfiere dinero de una cuenta corriente a otra sin ninguna complicación), que son de difícil control; porque las organizaciones criminales más sofisticadas ya cuentan con sus propias entidades financieras (son las redes ilícitas esparcidos por todo el mundo); porque, sobre todo, hay entidades, particularmente nuestros cerca de ochenta paraísos fiscales, que inescrupulosamente facilitan el “lavado”, etcétera.

§ 64. LA IMPUNIDAD COMO CARACTERÍSTICA CRIMINOLÓGICA IRREFUTABLE. — Pero de todos los factores que concurren al crecimiento del “lavado de capitales”, y que acaban de ser mencionados superficialmente, debemos prestar atención a uno muy especial: es la impunidad. Muy raramente se condena a alguien por el crimen que ahora estamos comentando. Y los condenados, hasta ahora, son los “pequeños” (un gerente de banco, un contador, etc.). Las grandes administraciones financieras, especialmente de algunos fondos internacionales dudosos, gozarán eternamente no sólo de todas las exenciones fiscales, sino también y —sobre todo— de la perenne inmunidad

penal. Las leyes del lavado de capitales no fueron hechas para penalizar los grandes lavados de capitales que se dan, por ejemplo, en las privatizaciones, en las adquisiciones de bancos, etcétera.

Las razones de esa impunidad son innumerables. Entre ellas, se destacan algunas como que mientras el crimen organizado se transnacionalizó, disfrutando de toda la tecnología de punta, el derecho penal y la policía continúan regidos por el principio de la territorialidad (el Poder Judicial, por ejemplo, para tomar declaración a un testigo que vive en el exterior, demora mucho más de un año; en un período tan largo como ese, el crimen organizado ya tendrá concretadas millones de otras operaciones ilícitas); no hay todavía una cooperación internacional eficaz y rápida. No existen acuerdos legislativos. No tenemos grupos especiales preparados para ese tipo de investigación. Los órganos públicos son lentos e impotentes. Se nota claramente una baja calificación profesional para ese tipo de actividad persecutoria. Y cuando el profesional se especializa, tiene que dejar el poder público porque es mal remunerado.

Se trata además de una criminalidad muy peculiar, profesional, con apariencia de lícita. Cuenta con poca visibilidad (*crime appeal*), casi no existe ninguna reacción social; alta variación en el *modus operandi*: víctima difusa, conducta practicada en el anonimato, etc. Ante esa criminalidad organizada y extremadamente sofisticada, el "viejo" Estado no reacciona, está desactualizado, es impotente.

No es que falten iniciativas "formales" para el "combate" (control) del lavado de capitales. Todo el mundo, inducido por los norteamericanos, demuestra preocupación por el tema desde hace años. En el nivel mundial, como ya destacáramos, surge en 1988 la Convención de la ONU (Viena); luego la Declaración Conjunta de los siete países más industrializados (París, 1989); la Declaración de Ministros de Estado (Londres, 1990), el Programa de Acción Global de la ONU (1993). En la Comunidad Económica Europea se destaca la Recomendación R80 del Consejo Europeo (1980), la Convención firmada por los bancos suizos (1977-1987), la Declaración de Principios de Basilea (1988), la Convención de la CEE (1990), la Directiva de la CEE (1991), los Anexos a la Convención de Basilea (1991-1993). Tampoco el continente americano, en el plano formal,

descuidó el tema: Declaración de Ixtapa (México, 1990), Recomendación de la OEA (1990), Reglamento Modelo de la OEA, Declaración de Caracas (1990), de Cartagena (1991), etcétera.

§ 65. INFRACCIONES PENALES Y RESPONSABILIDAD PENAL. —

a) *JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN, BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LA OFENSIVIDAD*: La doctrina especializada (en general) señala que se justifica la intervención penal para castigar autónomamente el lavado de capitales por los múltiples riesgos que acarrearía: riesgo de hiperreacción de los mercados financieros y, en consecuencia, de oscilación de los índices de cambio y tasas de interés, riesgo de contaminación en la libre competencia, de la monopolización de algunos sectores, de afectación del diseño de la política económica del país, de inestabilidad en el sector financiero, de alteración de la demanda de dinero, corrupción, etc. En consecuencia, de lo expuesto, se llega a afirmar que el bien jurídico protegido por la norma penal sería entonces la “seguridad del orden económico-financiero” (hay gran controversia sobre cuál sería el bien jurídico protegido en el delito del lavado de capitales)⁵.

En verdad, también los riesgos enumerados constituyen una cuestión muy controvertida. Hasta el momento, por lo menos en las zonas económicas periféricas (América Latina principalmente), los mencionados riesgos son más “de laboratorio” que concretos. La razón central para cuestionarse la “nacionalización del bien jurídico” y, consecuentemente, su “espiritualización”, sería: el dinero “negro” (derivado del encubrimiento fiscal, de la economía paralela, etc.) que circula diariamente en el mercado financiero, probablemente no es mayor que el dinero “sucio”. Si aquel nunca provocó concretamente los “riesgos” arriba mencionados, se puede dudar de la potencialidad de éste para hacerlo.

De cualquier modo, está claro que el legislador brasileño, aunque sin contemplar el dinero “negro” como presupuesto del lavado, acabó aprobando la criminalización del lavado. Es lo que se ve en el art. 1º de la ley 9.613/98. Pero para que su violación se produzca efectivamente, no se puede prescindir

⁵ Cfr. ADRIASOLA, Gabriel, *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito*, Ingranusi, Montevideo, 2001.

de la certeza de la ofensividad al bien jurídico protegido. Sin lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico (seguridad económico-financiera, estabilidad del orden económico-financiero) no hay cómo vislumbrar el delito del lavado de capitales que, para no ser confundido con el ocultamiento y el encubrimiento, debe revestirse de la lesividad que le es requerida.

No cualquier acto de lavado (algunos millares de reales, por ejemplo) implica un serio riesgo para la "vida" financiera y bancaria del país. Y cuando la conducta no llega a afectar ese bien jurídico, de ninguna forma está configurado el delito del lavado de capitales. Un riesgo diminuto (ínfimo, nimio) debe ser regido por el principio de insignificancia. Cuanto mucho, debemos apelar al auxilio del "viejo" Código Penal. En caso contrario, vamos a utilizar el derecho penal de la globalización para sancionar delitos que no pasan de viejas expresiones delictivas.

b) *LAS INFRACCIONES PENALES EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA*: Podemos dividir las infracciones penales en tres bloques: el primero (art. 1º, "caput") versa sobre la principal forma del lavado, pese a que el legislador no fue muy claro. Dice el art. 1º de la ley 9.613/98:

"Capítulo I — De los Crímenes de "Lavado" u Ocultamiento de Bienes, Derechos y Valores.

"Art. 1º: Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, del crimen:

"I - del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines;

"II - del terrorismo;

"III - del contrabando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción;

"IV - de extorsión mediante secuestro;

"V - contra la Administración Pública, inclusive la exigencia, para sí o para otros, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la práctica u omisión de actos administrativos;

"VI - contra el sistema financiero nacional;

"VII - practicado por organización criminal."

La ley debería haber sido clara y haber dicho con todas las letras: "realizar cualquier transacción, ocultando o disimulando la naturaleza, origen (...) propiedad de los bienes, derechos o valores, provenientes del crimen". De cualquier modo; parece no haber duda de que en nuestro sistema jurídico cualquier acto practicado con los bienes ilícitos se encuadra en ese dispositivo legal.

Nótese que el legislador se refiere al "crimen", por lo tanto, no alcanza a las contravenciones ("jogo do bicho", por ejemplo). Se trata de un crimen remitido o accesorio porque depende de otro que le es precedente.

La enumeración legal de los crímenes precedentes contenida en el art. 1º de la ley 9.613/98 (tráfico, contrabando, etc.) es un *numerus clausus*. No se admite analogía (contra el reo). El derecho penal brasileño sobre el lavado de capitales no fue (íntegramente) fiel a ningún modelo (del derecho comparado). En los sistemas jurídicos de primera generación, el delito precedente era exclusivamente el narcotráfico; los de segunda generación ya prevén el narcotráfico y otros crímenes graves; en los de tercera generación, se contemplan todos los delitos (modelo argentino, v. gr.). El sistema patrio, como se ve, se aproxima al segundo modelo⁶.

El crimen aquí caracterizado significa nada más que la legitimación de un enriquecimiento ilícito. Con el crimen anterior se da tal enriquecimiento. El lavado "lo legitima".

La pena impuesta al delito es la reclusión (prisión) de tres a diez años y multa. Con relación a varios de los delitos precedentes, la pena del lavado es mayor. En muchos casos eso no deja de ser paradójal. En cuanto al régimen de cumplimiento de la pena se sigue la regla general (sistema progresivo, régimen cerrado, semiabierto o abierto). Si hay colaboración (§ 5º) el régimen será obligatoriamente el abierto, posibilitándose también el perdón judicial (ver infra).

El segundo bloque de delitos está en el § 1º, del art. 1º:

"Incorre en la misma pena quien, para ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos o valores provenientes de cualquiera de los crímenes antes referidos en este artículo:

"I - los convierte en activos lícitos;

⁶ Cfr. JOBIM, Nelson, en *Seminário internacional sobre lavagem de dinheiro*, CEJ, Brasi' 2000, nº 17, 2000, ps. 11 y siguientes.

"II - los adquiere, recibe, cambia, negocia, da o recibe en garantía, guarda, tiene en depósito, traslada o transfiere;

"III - importa o exporta bienes con valores que no corresponden a los verdaderos."

En el fondo, esa es una figura especial de encubrimiento. Se exige el dolo (directo o eventual).

El tercer bloque está en el § 2º, del art. 1º: "§ 2º Incurre, igualmente, en la misma pena quien:

"I - utiliza, en la actividad económica o financiera, bienes, derechos o valores, que sabe, son provenientes de cualquiera de los crímenes antes referidos en este artículo;

"II - participa de grupo, asociación o empresa teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria está dirigida a la práctica de crímenes previstos en esta ley."

Es una modalidad especial de ocultamiento. Exige dolo directo⁷.

c) *TENTATIVA DE CRIMEN*: Según el § 3º del art. 1º, la tentativa es penada en los términos del parágrafo único del art. 14 del Código Penal. Eso significa la disminución de la pena de uno a dos tercios. De cualquier modo, la norma era innecesaria, en la medida en que el art. 12 del Cód. Penal ya manda aplicar todas las regulaciones de la Parte General del Código Penal, salvo cuando la ley especial dispone de modo contrario.

d) *CAUSAS DEL AUMENTO DE PENA*: Dice el § 4º del art. 1º: "La pena será aumentada de uno a dos tercios, en los casos

⁷ Jurisprudencia: a) Lavado de capitales. Simple disminución de delito económico anterior. Tesis no aceptada (TRF 4ª Região, AC 1999.71.03.001155-3, rel. José Luiz B. Germano da Silva, DJU de 10/1/01, p. 83); b) Lavado de capitales. Consumación con conducta simple. Competencia del lugar de la pena más grave (TRF 4ª Região, RSE 1999.71.03.001537-6, rel. Maria Izabel Pezzi Klein, DJU de 17/1/01, p. 130); c) Lavado de dinero. Ocultamiento. Depósito simple. Caracterización. Informativo STF 223, de 2 a 13 de abril de 2001, HC 80.816, rel. Sepúlveda Pertence, DJU de 3/4/01, p.3; d) Lavado de capitales. Absorción por el delito de ocultamiento fiscal. Imposibilidad (TRF 4ª Região, HC 2001.04.01.005080-6, rel. Vilson Darós, DJU de 6/6/01, p. 1256, j. 22/3/01); e) Lavado de capitales. La participación en este crimen no excluye la participación en un crimen anterior (STJ, HC 15.068, rel. Edson Vidigal, DJU de 13/8/01, p. 184).

previstos en los incisos I a VI del caput de este artículo, si el crimen hubiere sido cometido de manera habitual o por intermedio de una organización criminal”.

Dos son las causas del aumento de la pena: el crimen cometido de forma habitual (reiterada) o cuando es llevado a cabo por medio de una organización criminal (no existe en Brasil definición legal sobre organización criminal). Reconocida la habitualidad (multiplicidad de conductas), no solamente se debe admitir la existencia de un crimen continuado sino que también se hace necesario fundamentar la causa del aumento de la pena en cuestión.

e) *RÉGIMEN DE RECOMPENSA Y COLABORADOR DE LA JUSTICIA. REDUCCIÓN DE LA PENA, RÉGIMEN ABIERTO, PERDÓN JUDICIAL Y SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN*: Por el § 5 del art. 1º: “La pena será reducida de uno a dos tercios y comenzará a ser cumplida en régimen abierto, pudiendo el juez dejar de aplicarla o sustituirla por pena restrictiva de derechos, si el autor, coautor o partícipe colaborara espontáneamente con las autoridades, brindando información que conduzca a la pronta resolución de las infracciones penales y de su autoría o a la localización de los bienes, derechos o valores objetos del crimen”.

§ 66. REGLAS PROCESALES Y DEBIDO PROCESO LEGAL. — a) *TEXTO LEGAL*: En lo que respecta a la parte procesal (al debido proceso legal) la ley brasileña dispone:

“Capítulo II — Disposiciones Procesales Especiales.

”Art. 2º: El proceso y juzgamiento de los crímenes previstos en esta ley:

”I - obedecen a las disposiciones relativas al procedimiento común de los crímenes penados con reclusión, de competencia del juez particular;

”II - independientemente del proceso y juzgamiento de los crímenes ya referidos en el artículo anterior, aunque practicados en otro país;

”III - son de competencia de la Justicia Federal:

”a) cuando practicados contra el sistema financiero y el orden económico-financiero, o en detrimento de bienes, servicios o intereses de la Unión, o de sus entidades autárquicas o empresas públicas;

"b) cuando el crimen anterior fuera de competencia de la Justicia Federal.

"§ 1º La denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia del crimen anterior, siendo punibles los hechos previstos en esta ley, aunque el autor de aquel crimen resultare desconocido o eximido de la pena.

"§ 2º En el proceso por crimen previsto en esta ley, no se aplica lo previsto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal.

"Art. 3º: Los crímenes regulados en esta ley no son susceptibles de fianza ni libertad provisoria y, en caso de sentencia condenatoria, el juez decidirá fundadamente si el reo podrá apelar, manteniéndose mientras tanto en libertad.

"Art. 4º: El juez, de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, o representación de la autoridad policial, oído el Ministerio Público —en veinticuatro horas y habiendo indicios suficientes— podrá decretar, en el curso de la indagación o de la acción penal, el embargo o el secuestro de bienes, derechos o valores del acusado, o existentes a su nombre, objeto de los crímenes previstos en esta ley, procediéndose en la forma de los arts. 125 a 144 del decr. ley 3689, del 3 de octubre de 1941 - Código de Procedimiento Penal.

"§ 1º Las medidas asegurativas previstas en este artículo serán levantadas si la acción penal no fuera iniciada en el plazo de ciento veinte días, contados desde la fecha en la que queda concluida la diligencia.

"§ 2º El juez determinará la liberación de los bienes, derechos y valores embargados o secuestrados cuando sea comprobada la licitud de su origen.

"§ 3º Ningún pedido de restitución será conocido sin el comparecimiento personal del acusado, pudiendo el juez disponer los actos necesarios para la conservación de bienes, derechos o valores, en los casos del art. 366 del Código de Procedimiento Penal.

"§ 4º La orden de prisión de personas o del embargo o secuestro de bienes, derechos o valores, podrá ser suspendida por el juez, oído el Ministerio Público, cuando su ejecución inmediata pueda comprometer las investigaciones."

b) *PROCEDIMIENTO*: El procedimiento será el común para los crímenes penados con reclusión, del juez particular (léase: Cód. Proc. Penal, art. 394 y ss.). Se lamenta la imprevisión de la llamada “defensa preliminar” (antes de la recepción de la denuncia) que, además, debería ser extendida a todo tipo de delito (tal como lo propone el Proyecto de Reforma presidido por la profesora Ada Pellegrini Grinover).

c) *COMPETENCIA*: Por la literalidad de la ley (art. 2º, inc. III) se tiene la impresión de que el juez competente (natural), en general, sería el estadual. En verdad, ningún crimen fundado en la ley en cuestión será de competencia de la justicia estadual, si se interpreta que el bien jurídico protegido es la seguridad del orden económico-financiero (tema que es verdaderamente controvertido, aunque esa sea la mejor interpretación).

De cualquier modo, son de competencia de la Justicia Federal, por expresa disposición (inc. III): “los crímenes que afectan intereses de la Unión, si el crimen precedente es de competencia de la misma Justicia o si afecta el sistema financiero o el orden económico-financiero. Se considera como bien jurídico tutelado el orden socio-económico y el sistema financiero⁸, que es un bien jurídico supra-individual (o colectivo), se concluiría que todos los delitos de lavado de capitales afectan tal orden económico-financiero”. Luego, todos serían de competencia de la Justicia Federal. Eso significa que la investigación policial sería de atribución (siempre) de la Policía Judicial Federal. Participaría (siempre) como polo activo de la acción del Ministerio Público Federal.

En la eventualidad de que el bien jurídico protegido no sea el orden socio-económico y financiero (tesis con la cual no estamos de acuerdo), entonces debería prevalecer la literalidad del dispositivo: en general, la competencia es de la justicia estadual y, excepcionalmente, de la justicia federal.

d) *PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA DEL PROCESO PENAL*: El inciso II del art. 1º establece que el proceso por

⁸ Cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito del blanqueo de capitales en derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, ps. 36 y siguientes.

el crimen de lavado de bienes, derechos y valores es independiente del proceso y juzgamiento del crimen anterior (del cual derivan tales bienes, valores o derechos), por más que se hayan practicado en otro país. Si se descubre la autoría de tales crímenes precedentes, más allá de la configuración de un concurso material de crímenes, tendremos el instituto de la conexión (juzgamiento único, proceso único) teniendo "*vis atractiva*" o el juicio de la infracción más grave.

e) *DENUNCIA*: Señala el § 1º del art. 2º: "la denuncia por el crimen de lavado debe ser instruida con indicios suficientes del crimen antecedente (tráfico de droga, de armas, contrabando, etc.)". Es preciso que se examine la justa causa de la acción, que se revela en tales indicios. No habiendo causa justa, se impone el rechazo de la denuncia. Si el delito de lavado de bienes es un crimen derivado, porque presupone la existencia de otro precedente, nada más lógico que exigir la demostración (aunque indiciaria) del origen ilícito de tales bienes. Se trata del requisito de *fumus boni iuris*, en lo relativo a la existencia del crimen.

f) *AUTONOMÍA DE LA PENALIDAD*: Por el art. 2º, § 1º, el crimen de lavado de capitales es punible aunque sea desconocido el autor del crimen anterior, o exento de pena, o aunque el crimen anterior haya sido cometido en el extranjero. No importa el lugar del crimen anterior. No es preciso que se descubra su autoría. Lo que la ley exige, en suma, para la procesabilidad del crimen de lavado es únicamente la demostración (al menos indiciaria) de que hubo un crimen precedente (de entre aquellos catalogados en el art. 1º). Con eso se constata el origen ilícito ("sucio") del capital.

g) *INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 366 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL*: El art. 366 del CPP determina la suspensión del proceso cuando el acusado fue citado por edicto y no compareció ni designó abogado. Es garantía del debido proceso legal, porque nadie puede ser procesado sin haber tenido conocimiento personal de la acusación. La prohibición de la aplicación del art. 366 para los crímenes de lavado de bienes por el § 2º

del art. 2º en ese sentido es inconstitucional, porque todo acusado cuenta con el derecho cierto de ser informado personalmente de la acusación. Y además, es flagrantemente contradictoria con lo dispuesto en el art. 4º, § 3º, de la misma ley. Revela, en ese punto, una altísima falta de competencia técnica y jurídica del legislador, que legisla cada vez más frecuentemente bajo el influjo de la emoción y del desorden, produciendo lo que se denomina derecho penal "simbólico".

h) *PROHIBICIÓN DE LA FIANZA*: Constituyó un craso error el prohibir la fianza en esos crímenes en el art. 3º. Por el contrario, aquí es donde deberíamos exigir fianza de alto valor. El legislador, con el intento de ("simbólicamente") endurecer, prohíbe la fianza. Eso implica que el juez, cuando fuere el caso, concede libertad al acusado sin fianza. Es un equívoco lamentable del legislador. Además es una demostración de la falta de preparación y del total desconocimiento de los límites legislativos ordinarios.

i) *PROHIBICIÓN DE LA LIBERTAD PROVISORIA*: La prohibición de la libertad provisoria, prevista en este art. 3º, sigue la misma línea equivocada de la prohibición de la fianza. Es un error lamentable intentar reprimir la criminalidad con la suspensión de derechos y garantías fundamentales. Es, además de eso, obviamente inconstitucional. Salvo el caso de flagrante delito, toda prisión debe ser fundamentada y decretada por un juez. La regla es la libertad. Por fuerza del inc. LXI del art. 5º de la CF sólo cabe prisión por orden escrita y fundamentada de la autoridad competente. La exigencia de fundamentación de la prisión aleja la posibilidad de que el legislador, con sus criterios abstractos, imponga la prisión. El inc. LXI mencionado procura evitar la "dictadura" del legislador, exigiendo fundamentación del juez en cada caso concreto.

En los comienzos del siglo XXI se torna impensable el reestablecimiento del despótico "Bill of Attainder". Nadie puede ser privado de libertad sin el debido proceso legal, ni el Poder Judicial puede pretender imponer una política autoritaria (negando la libertad donde el legislador la permite; cfr. inc. LXVI), ni tampoco puede el legislador suponer que tiene legitimidad

para sustituir al juez en la decisión de decretar o no una prisión en cada caso concreto⁹.

j) *DERECHO DE APELAR EN LIBERTAD*: Es la regla. El juez, por el art. 3º, solamente puede mandar a arrestar a una persona si están presentes los requisitos para la prisión preventiva. Es un avance (si se compara con el antiguo art. 594 del CPP). De cualquier modo, lo correcto es desvincular el derecho a apelar de la prisión cautelar, tal como reconoció recientemente el STJ¹⁰, en el juzgamiento de la Sexta Sala.

k) *APROPIACIÓN JUDICIAL Y SECUESTRO DE BIENES*: Según lo dispone el art. 4º, los bienes ilícitos encontrados (del acusado o a su nombre) serán embargados (CPP, arts. 240 y ss.) o secuestrados (pueden ser embargados los bienes inmuebles adquiridos con los réditos de la infracción o los bienes muebles que no pueden ser secuestrados; ver Cód. Proc. Penal, arts. 125 y 132). Es medida cautelar *inaudita altera parte*, teniendo incidencia el llamado “proceso contradictorio diferido”. Si la acción penal no fuera intentada dentro de los ciento ochenta días, la medida cautelar perderá su efecto. En el caso de que el acusado sea condenado, se hará la confiscación de sus bienes (cautelarmente asegurados). En el caso de que el acusado sea absuelto o abolida la pena, se levantará el secuestro (art. 131, Cód. Proc. Penal).

l) *LIBERACIÓN “ANTICIPADA” DE LOS BIENES, DERECHOS Y VALORES ASEGURADOS*: El § 2 del art. 4º dice: “El juez determinará la liberación de los bienes, derechos y valores embargados o secuestrados cuando sea comprobada la licitud de su origen”. Es preciso que sea bien comprendida esa disposición, si se

⁹ Jurisprudencia sobre crimen de lavado de capitales: La ley 9613/98 dispone, en su art. 3º, que el llamado “crimen de lavado de dinero” no es susceptible de fianza y de libertad condicional: TRF 4ª Região, HC 2000.04.01.114907-3, rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJU de 17/1/01, p. 227.

¹⁰ Cfr. Boletim IBCCRIM, dez/97, p. 219), Jurisprudencia: Crimen de lavado de capitales. Derecho de apelar en libertad. La condena por el crimen descrito en la ley 9613/98, aliada a la previsión de su art. 3º, permite la separación como condición de la apelación (TRF 4ª Região HC 2000.04.01.106130-3, rel. Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU de 17/1/01, p. 225).

pretende darle algún tipo de aplicación. Su literalidad podría dar lugar a una interpretación completamente absurda e inconstitucional, además de autoritaria y seriamente peligrosa, y que consistiría en la exigencia de la inversión de la carga de la prueba (con flagrante violación al principio de presunción de inocencia). Dicho de otra manera: se tiene la impresión, por lo que está escrito en la ley, de que los bienes solamente serían liberados, en cualquier hipótesis, cuando el acusado acreditase su licitud.

Estaríamos en ese caso delante de una interpretación inconstitucional y totalmente errónea, además de tiránica. Lo que el citado párrafo, como mucho, podría significar sería lo siguiente: durante el curso del proceso, si hubiese habido embargo o secuestro de bienes, y el acusado, desde luego, *spon-te sua*, en ese momento comprobare su licitud, serán liberados inmediatamente, sin necesidad de esperar a la decisión final. Considerándose el embargo o el secuestro como medida cautelar, la liberación inmediata sería una medida de contracautela, reparadora de la injusticia cometida poco antes (en el momento de la privación de los bienes). Esa sería la única interpretación posible para el texto legal en análisis y asimismo con la siguiente observación: el deber de devolución inmediata de los bienes al acusado, desde la constatación de que no son de origen ilícito, es del propio juez. Nada impide, mientras tanto, que el interesado presente pruebas de la legalidad de tales bienes.

Suponer que la letra de la ley permite más que eso alcanza la inconstitucionalidad y la arbitrariedad. Nadie está autorizado a desmoronar un principio constitucional conquistado después de una lucha secular. En el régimen democrático de derecho a nadie le está legítimamente permitido hacer un discurso por el reestablecimiento de las reglas de la era de la inquisición. El tiempo de la caza de brujas ya pasó. El derecho está secularizado. Los principios y prescripciones constitucionales son vinculantes. El Estado moderno no puede, tal como hacía el monarca absolutista de los siglos XVI o XVII, apropiarse de los bienes de los particulares sin seguir el debido proceso legal (fundado en la presunción de inocencia). Cabe al Estado la prueba de que los bienes aprehendidos son ilícitos. Su impotencia y desorganización no pueden ser razones para la inversión de la carga de la prueba. El Estado

de derecho no se condice con tamaña violencia, tan despótica como la del Antiguo Régimen.

En cierto modo, en el documento legal enfocado hay una inversión de la carga de la prueba, pero es una inversión que surge dentro del contexto de una medida de contra-cautela, que sana un acto injusto precedente. En el caso de que el interesado (propietario o poseedor de los bienes embargados o secuestrados) no pueda o no quiera comprobar rápidamente la licitud de sus bienes, se debe aguardar la sentencia final. Siendo absolutoria, se levantará el secuestro (CPP, art. 131) o el embargo, y los bienes serán restituidos. Siendo condenatoria, se confiscarán tales bienes.

m) *PRÓRROGA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES*: Dispone el art. 4º que las medidas cautelares penales y personales pueden ser prorrogadas y ejecutadas en el momento más oportuno, si hubiera determinación judicial. Eso cuando el cumplimiento inmediato de ellas pueda comprometer las investigaciones.

§ 67. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SECUESTRADOS O EMBARGADOS. — El art. 5º de la ley 9613/98 trata de la administración de los bienes secuestrados o embargados en estos términos:

"Art. 5º: Cuando las circunstancias lo aconsejaren, el juez, magistrado o Ministerio Público, nombrará una persona calificada para la administración de los bienes, derechos o valores embargados o secuestrados, mediante caución.

"Art. 6º: El administrador de los bienes:

"I - será merecedor de una remuneración, fijada por el juez, que será satisfecha con el producto de los bienes objeto de la administración;

"II - prestará, por resolución judicial, informaciones periódicas de la situación de los bienes bajo su administración, tales como explicaciones y detalles sobre las inversiones y reinversiones realizadas.

"Parágrafo único. Los actos relativos a la administración de los bienes embargados o secuestrados serán elevados al conocimiento del Ministerio Público, que requerirá lo que entendiera pertinente."

§ 68. EFECTOS SECUNDARIOS DE LA CONDENA PENAL. — La confiscación de bienes y la obligación de indemnizar los daños causados por el crimen son efectos secundarios de la condena penal. Innovó el legislador ampliando esos efectos. En esa parte (interdicción para ejercer cargos, etc.), en nuestra opinión, no se trata de un efecto automático. Léase: cabe al juez fundamentar concretamente la pertinencia de ese efecto (que, en verdad, no pasa de una condena extra).

“Capítulo III — De los efectos de la condena.

”Art. 7º: Son efectos de la condena, además de los previstos en el Código Penal:

”I - la pérdida, en favor de la Unión, de los bienes, derechos y valores objetos del crimen previsto en esta ley, resguardado el derecho del lesionado o de un tercero de buena fe;

”II - la interdicción en el ejercicio de cargo o función pública de cualquier naturaleza y de director, de miembro de consejo de administración o de gerencia de las personas jurídicas referidas en el art. 9º, por el doble de tiempo de pena privativa de libertad aplicada.”

En nuestra opinión, la pena de interdicción del derecho consistente en la imposibilidad del ejercicio de cargo o función pública o de director, miembro de consejo o de gerencia no puede ser interpretada como pena automática (efecto compulsivo) de la sentencia. Es preciso que el juez fundamente en cada caso concreto la imposición de esa pena extra.

§ 69. CRÍMENES COMETIDOS EN EL EXTRANJERO. DISCIPLINA JURÍDICA Y DESTINO DE LOS BIENES. — El Capítulo IV tiene como título “De los Bienes, Derechos o Valores Oriundos de Crímenes Practicados en el Extranjero”. Dice el art. 8º: “El juez determinará, en la hipótesis de la existencia de tratado o convención internacional y a solicitud de autoridad extranjera competente, el embargo o secuestro de bienes, derechos o valores oriundos de crímenes descriptos en el art. 1º, practicados en el extranjero.

”§ 1º Aplícase lo dispuesto en este artículo, independientemente de tratado o convención internacional, cuando el gobierno del país de la autoridad solicitante prometiera reciprocidad a Brasil.

"§ 2º A falta de tratado o convención, los bienes, derechos o valores embargados o secuestrados por solicitud de autoridad extranjera competente o los recursos provenientes de su enajenación serán repartidos entre el Estado requirente y Brasil, en partes iguales, resguardado el derecho del lesionado o de terceros de buena fe."

§ 70. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. — a) ¿QUIÉN ESTÁ SUJETO A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA?: El Capítulo V se titula: "De las personas sujetas a la ley".

"Art. 9º: Se someten a las obligaciones referidas en los arts. 10 y 11 las personas jurídicas que tengan, en carácter permanente o eventual, como actividad principal o accesoría, por acumulación o no:

"I - la captación, intermediación y aplicación de recursos financieros de terceros, en moneda nacional o extranjera;

"II - la compra y venta de moneda extranjera u oro como activo financiero o instrumento cambiario;

"III - la custodia, emisión, distribución, liquidación, negociación, intermediación o administración de títulos o valores mobiliarios.

"Parágrafo único. Se sujetan a las mismas obligaciones:

"I - las bolsas de valores y bolsas de mercaderías o futuros;

"II - las aseguradoras, los corredores de seguros y las entidades de previsión complementarias o de capitalización;

"III - las administradoras de tarjetas credenciales o tarjetas de crédito, tales como las administradoras de consorcios para la adquisición de bienes o servicios;

"IV - las administradoras o empresas que se valgan de tarjeta o cualquier otro medio electrónico, magnético o equivalente, que permita la transferencia de fondos;

"V - las empresas de arrendamiento mercantil (*leasing*) y las de fomento comercial (*factoring*);

"VI - las sociedades que efectúen distribución de dinero o bienes muebles, inmuebles, mercaderías, servicios, o, inclusive, las que concedan descuentos en su adquisición, mediante sorteo o método semejante;

"VII - las filiales o representaciones de entes extranjeros que ejerzan en Brasil cualquiera de las actividades listadas en este artículo, aunque sea en forma eventual;

"VIII - las demás entidades cuyo funcionamiento dependa de la autorización del órgano regulador de los mercados financiero, de cambio, de capitales y de seguros;

"IX - las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que operen en Brasil como agentes, dirigentes, procuradores, comisionadas o que de cualquier forma representen intereses de un ente extranjero que ejerza cualquiera de las actividades referidas en este artículo;

"X - las personas jurídicas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria o compra y venta de inmuebles;

"XI - las personas físicas o jurídicas que comercialicen joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades."

La ley en cuestión, tratando de prevenir el lavado de capitales, creó no sólo una serie de ilícitos penales, como vimos, sino también un enorme conjunto de obligaciones administrativas. Se someten a las obligaciones administrativas previstas en los arts. 10 y 11 las personas jurídicas y físicas que tengan como actividad principal o accesoria la captación, intermediación y aplicación de recursos financieros, compra y venta de moneda extranjera u oro o títulos o valores mobiliarios, etc. (bolsa de valores, bancos, aseguradoras, corredores, administradoras de tarjetas de crédito, inmobiliarias, "leasing", "factoring", comerciantes de joyas, oro, objetos de arte, etc. (art. 9º). Los casinos quedan fuera. No fueron previstos por la ley porque en Brasil, por ahora, son ilícitos.

Todas las personas jurídicas que aparecen como destinatarias de la ley 9613/98, de ahora en adelante, deben conferir especial importancia a sus dispositivos legales. Se impone conocerlos, estudiarlos y estructurar los programas de prevención para que no incidan en sanciones administrativas o incluso penales, sin contar con que cualquier conducta ilícita también puede implicar responsabilidad civil. Por otro lado, sólo la divulgación de la implicación de una empresa o institución con el lavado de capitales, aunque todo haya ocurrido involuntariamente, ya es suficiente para oscurecer profundamente su imagen y reputación dentro del mercado.

b) *OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS. INCUMPLIMIENTO Y SANCIONES:* Están normadas en los arts. 10 a 13 de la ley (Capítulos VI, "De la identificación de los clientes y el mante-

nimiento de los registros"; VII, "De la comunicación de las operaciones financieras", y VIII, "De la responsabilidad administrativa".

"Art. 10: Las personas referidas en el art. 9º:

"I - identificarán a sus clientes y mantendrán una base de datos actualizado, en los términos de las instrucciones emanadas de las autoridades competentes;

"II - mantendrán registro de toda transacción en moneda nacional o extranjera, títulos y valores mobiliarios, títulos de crédito, metales, o cualquier activo pasible de ser convertido en dinero, que sobrepase el límite fijado por la autoridad competente y en los términos de las instrucciones por ésta expedidas;

"III - deberán atender, en el plazo fijado por el órgano judicial competente, los requerimientos formulados por el Consejo creado por el art. 14, que se procesarán en secreto de justicia.

"§ 1º En la hipótesis de que el cliente se constituya en persona jurídica, la identificación referida en el inciso I de este artículo deberá abarcar a las personas físicas autorizadas a representarla tanto como a sus propietarios.

"§ 2º Las bases de datos y los registros referidos en los incisos I y II de este artículo deberán ser conservados durante el período mínimo de cinco años a partir del cierre de la cuenta o de la conclusión de la transacción, plazo éste que podrá ser ampliado por la autoridad competente.

"§ 3º El registro referido en el inciso II de este artículo será efectuado también cuando la persona física o jurídica, sus entes ligados, hubieren realizado, en un mismo mes calendario, operaciones con una misma persona, conglomerado o grupo que, en su conjunto, sobrepasen el límite fijado por la autoridad competente.

"Art. 11: Las personas referidas en el art. 9º:

"I - dispensarán especial atención a las operaciones que, en los términos de las instrucciones emanadas de las autoridades competentes, puedan constituirse en serios indicios de los crímenes previstos en esta ley, o que se relacionen con ellos;

"II - deberán comunicar, absteniéndose de dar a los clientes conocimiento de tal acto, en el plazo de veinticuatro horas, a las autoridades competentes:

"a) todas las transacciones consignadas en el inciso II del art. 10 que sobrepasen el límite fijado, para ese fin, por la misma autoridad y en la forma y condiciones por ella establecidas;

"b) la propuesta o la realización de transacción prevista en el inciso I de este artículo.

"§ 1º Las autoridades competentes, en las instrucciones referidas en el inciso I de este artículo, elaborarán un informe de las operaciones que, por sus características, en lo que se refiere a las partes involucradas, valores, forma de realización, instrumentos utilizados, o por la falta de fundamento económico o legal, puedan configurar la hipótesis en él prevista.

"§ 2º Las comunicaciones de buena fe, hechas en la forma prevista en este artículo no acarrearán responsabilidad civil o administrativa.

"§ 3º Las personas para las cuales no exista órgano propio fiscalizador o regulador harán las comunicaciones mencionadas en este artículo al Consejo de Control de las Actividades Financieras -COAF- y en la forma por él establecida.

"Art. 12: A las personas referidas en el art. 9º, tanto como a los administradores de las personas jurídicas, que dejen de cumplir las obligaciones previstas en los arts. 10 y 11 les serán aplicadas, por acumulación o no, por las autoridades competentes, las siguientes sanciones:

"I - apercibimiento;

"II - multa pecuniaria variable, que puede ir desde un porcentaje hasta el doble del valor de la operación; o hasta el doscientos por ciento del lucro obtenido o que presumiblemente sería obtenido por la realización de la operación; o, incluso, una multa de R\$ 200.000,00 (doscientos mil reales);

"III - inhabilitación temporaria, por el plazo de hasta diez años, para el ejercicio del cargo de administrador de las personas jurídicas referidas en el artículo 9º;

"IV - revocación de la autorización para la operación o el funcionamiento.

"§ 1º La pena de apercibimiento será aplicada por irregularidad en el cumplimiento de las instrucciones referidas en los incisos I y II del art. 10.

”§ 2º La multa será aplicada siempre que las personas referidas en el art. 9º, por negligencia o dolo:

”I - dejaran de sanear las irregularidades objeto de apercibimiento, en el plazo señalado por la autoridad competente;

”II - no realizaran la identificación o el registro previstos en los incisos I y II del art. 10;

”III - dejaran de atender, en el plazo establecido, la requisición formulada en los términos del inciso III del art. 10;

”IV - incumplieren con la prohibición o dejaran de hacer la comunicación a la que se refiere el art. 11.

”§ 3º La inhabilitación temporaria será aplicada cuando fueran verificadas infracciones graves en cuanto al cumplimiento de las obligaciones consignadas en esta Ley o cuando ocurriera reincidencia específica, debidamente caracterizada en las transgresiones anteriormente penadas con multa.

”§ 4º La revocación de la autorización será aplicada en los casos de reincidencia específica de infracciones anteriormente castigadas con la pena prevista en el inciso III del caput de este artículo.

”Art. 13: El procedimiento para la aplicación de las sanciones previstas en este Capítulo será regulado por decreto, asegurados el proceso contradictorio y la amplia defensa.”

Las obligaciones específicas establecidas en la ley bajo análisis son básicamente las siguientes: a) identificación de los clientes; b) mantenimiento de las bases de datos de los clientes; c) mantenimiento de registros de algunas transacciones; d) atender a los requerimientos del COAF (órgano nuevo, previsto en la ley, que tendrá por función el control de actividades financieras); e) deber de vigilancia en relación con las operaciones financieras o comerciales “sospechosas”; f) comunicación de esas operaciones “sospechosas” o de las que exceden cierto límite a los órganos competentes (ver Circulares 2852 y 2826 del BACEN).

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones somete a la persona jurídica así como a sus administradores a varias sanciones (advertencia, multa, inhabilitación temporaria y revocación del permiso de funcionamiento), que serán impuestas respetándose el debido proceso legal.

Las autoridades competentes (Banco Central, Comisión de Valores Mobiliarios y Susep), así como el COAF, se encargarán de la aplicación de tales sanciones.

§ 71. EL CONSEJO DE CONTROL DE ACTIVIDADES FINANCIERAS. — La última parte de la ley bajo comentario dispone la creación de este órgano administrativo con poder de aplicar sanciones.

"Art. 14: Es creado, en el ámbito del Ministerio de Hacienda, el Consejo de Control de Actividades Financieras —COAF— con la finalidad de disciplinar, aplicar penas administrativas, recibir, examinar e identificar las circunstancias sospechosas de actividades ilícitas previstas en esta ley, sin perjuicio de la competencia de otros órganos y entidades.

"§ 1º Las instrucciones referidas en el art. 10 destinadas a las personas mencionadas en el art. 9º, para las cuales no exista órgano propio fiscalizador o regulador, serán expedidas por el COAF, compitiéndole, para esos casos, la definición de las personas comprendidas y la aplicación de las sanciones enumeradas en el art. 12.

"§ 2º El COAF deberá, además, coordinar y proponer mecanismos de cooperación y de intercambio de información que hagan viables acciones rápidas y eficientes en el combate al ocultamiento o disimulo de bienes, derechos y valores.

"Art. 15: El COAF comunicará a las autoridades competentes para que instaure los procedimientos pertinentes, cuando, de fundados indicios de su práctica, infiera la existencia de los crímenes previstos en esta ley o de cualquier otro ilícito.

"Art. 16: El COAF estará compuesto por funcionarios públicos de impecable reputación y reconocida competencia, designados por el Ministro de Estado de Hacienda, de entre los integrantes del cuadro del personal efectivo del Banco Central de Brasil, de la Comisión de Valores Mobiliarios, de la Superintendencia de Seguros Privados, de la Procuraduría General de Hacienda Nacional, de la Secretaría de la Renta Federal, del órgano de inteligencia del Poder Ejecutivo, del Departamento de Policía Federal y del Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo, en esos tres últimos casos, a la indicación de los respectivos Ministros de Estado.

”§ 1º El Presidente del Consejo será nombrado por el Presidente de la República, por indicación del Ministro de Estado de Hacienda.

”§ 2º De las decisiones del COAF relativas a las aplicaciones de penas administrativas cabrá recurso al Ministro de Estado de Hacienda.

”Art. 17: El COAF tendrá organización y funcionamiento definidos en el estatuto aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.”

§ 72. OPERACIONES DUDOSAS COMUNICADAS AL COAF. — Se exhibe a continuación el resultado anual de las comunicaciones sospechosas recibidas por el Consejo de Control de las Actividades Financieras (COAF):

<i>Entidades financieras</i>	<i>1999*</i>	<i>2000</i>	<i>2001**</i>	<i>Total</i>
Inmobiliarias	206	769	277	1.252
Factoring (empresa de cambio de cheque antedatado)	32	20	26	78
Loterías	-	133	101	234
Comercio de piedras y metales preciosos	6	7	-	13
Bingos	35	1.412	378	1.825
Tarjetas de crédito	-	3	28	31
Comercio de artes y antigüedades	-	-	-	-
Banco Central	544	4.308	1.894	6.746
Susep***	-	-	-	-
CVM****	-	-	3	3
SPC*****	-	1	9	10
Total	823	6653	2.716	10.192

* Datos puestos a disposición a partir de agosto de 1999.

** Datos referentes hasta el mes de mayo de 2001.

*** Superintendencia de Seguros Privados.

**** Comisión de Valores Mobiliarios, fiscalizadora del Mercado de Acciones.

***** Secretaría de Previdencia Complementaria.

Fuente: Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) / Correio Braziliense, 7 de agosto de 2001, p. 6.

§ 73. INVESTIGACIONES Y PROCESOS EN MARCHA. — Hasta marzo de 2001 se hallaban en curso 221 investigaciones, con 124 personas sometidas a indagación.

§ 74. NORMAS LEGALES Y PROFESIONALES PARA PREVENIR EL LAVADO DE ACTIVOS ADOPTADAS EN AMÉRICA LATINA. — El especialista panameño Ricardo M. Alba ha efectuado a partir de los cuadros que a continuación se presentan una comparación entre los países latinoamericanos en punto a las normas legales contra el lavado de activos, donde se incluye la temática de la investigación y de la aprehensión de los fondos ilegales. Me ha parecido de gran valor su empleo para verificar el grado de uniformidad de la política criminal en esos aspectos.

CUADRO 1

Normas legales contra el lavado de activos adoptadas en América Latina, por país, a enero de 2001

<i>País</i>	<i>Conven- ción de Viena</i>	<i>Delitos de drogas</i>	<i>Otros delitos</i>	<i>Bancos y finan- cieras no ban- carias</i>	<i>UIF (*)</i>	<i>Salva- guarda por informar</i>	<i>Respon- sabili- dad cor- porativa</i>	<i>Asisten- cia legal mutua</i>
Argentina	S	S	N	S	S	N	S	S
Bolivia	S	S	S	N	S	S	S	N
Brasil	S	S	S	S	S	S	S	S
Chile	S	S	N	N	N	N	N	S
Colombia	S	S	S	N	S	S	S	S
Costa Rica	S	S	N	S	S	S	S	S
Cuba	S	S	S	N	N	N	N	N
Ecuador	S	S	N	S	S	N	S	S
El Salvador	S	S	S	S	S	N	S	S
Guatemala	S	S	N	N	S	N	S	S
Haití	S	N	N	N	N	N	N	N
Honduras	S	S	N	S	S	S	S	S
México	S	S	S	N	S	S	S	S
Nicaragua	S	S	N	N	S	N	S	S
Panamá	S	S	N	S	S	S	S	S
Paraguay	S	S	S	S	S	S	S	S
Perú	S	S	S	S	S	S	S	S
República Dominicana	S	S	N	S	S	S	S	S
Uruguay	S	S	N	N	S	N	N	S
Venezuela	S	S	N	S	S	S	S	S

(*) Organismo oficial encargado de analizar transacciones sospechosas.

CUADRO 2

Normas legales para rastro de información y de coordinación que permitan detectar el lavado de activos establecidas en América Latina, por país, a enero de 2001

<i>País</i>	<i>Registro de transacciones cuantiosas</i>	<i>Conservación de registros</i>	<i>Reporte obligatorio de transacciones sospechosas</i>	<i>Registro aduanero de ingreso de divisas</i>	<i>Asistencia legal mutua</i>	<i>Coordinación de autoridades locales</i>	<i>Coordinación entre países</i>
Argentina	S	S	S	N	S	S	S
Bolivia	N	S	S	N	N	N	N
Brasil	S	S	S	S	S	S	S
Chile	N	S	N	N	S	S	S
Colombia	S	S	S	S	S	S	S
Costa Rica	S	S	S	N	S	S	S
Cuba	S	N	N	S	N	N	N
Ecuador	S	S	S	N	S	S	S
El Salvador	S	S	S	S	S	S	S
Guatemala	N	N	N	N	S	N	N
Haití	N	N	N	N	N	N	N
Honduras	S	S	S	S	S	S	S
México	S	S	S	S	S	S	S
Nicaragua	S	N	N	N	S	S	N
Panamá	S	S	S	S	S	S	S
Paraguay	S	S	S	N	S	S	S
Perú	S	S	S	N	S	S	S
República Dominicana	S	S	S	S	S	S	S
Uruguay	S	S	N	N	S	S	N
Venezuela	S	S	S	S	S	S	S

CUADRO 3

Adopción de medidas referentes a la aprehensión de activos de origen ilegal en América Latina, por país, a enero de 2001

<i>País</i>	<i>Identificación y aprehensión de activos ilegales</i>	<i>Distribución internacional de activos decomisados</i>	<i>Asistencia legal mutua</i>
Argentina	S	S	S
Bolivia	S	N	N
Brasil	S	N	S

<i>País</i>	<i>Identificación y aprehensión de activos ilegales</i>	<i>Distribución internacional de activos decomisados</i>	<i>Asistencia legal mutua</i>
Chile	N	N	S
Colombia	S	N	S
Costa Rica	S	S	N
Cuba	S	N	N
Ecuador	S	S	S
El Salvador	S	N	S
Guatemala	N	S	S
Haití	N	N	N
Honduras	S	N	S
México	S	S	S
Nicaragua	S	N	S
Panamá	S	N	S
Paraguay	S	S	S
Perú	S	N	S
República Dominicana	S	N	S
Uruguay	S	N	S
Venezuela	S	S	S

Nota: S = sí; N = no. La información de los cuadros ha sido obtenida en el International Narcotics Control Strategy Report, elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América y divulgado a partir del 1 de marzo de 2000, y por investigación de cambios posteriores por parte del autor.

CUADRO 4

*Normas y sanciones por lavado de activos en América Latina, por país**

<i>País</i>	<i>Norma legal</i>	<i>Sanción</i>
Argentina	Ley 25.246 de 2000	De 2 a 10 años de prisión y multa de 2 a 10 veces el monto de la operación.
Bolivia	Ley 1768 de 1997	De 1 a 6 años de prisión y de 100 a 500 días multa.
Brasil	Ley 9613 de 1998	De 3 a 10 años de prisión y multa.
Colombia	Ley 599 de 2000	De 2 a 6 años de prisión y multa de 100 a 10.000 salarios mínimos legales.
Costa Rica	Ley 7786 de 1998	De 8 a 20 años de prisión.
Chile	Ley 19.366 de 1995	Pena de presidio mínimo a medio y multa de 200 a 1.000 unidades tributarias mensuales.
Cuba	Decreto ley 150 de 6 de junio de 1994	Privación de libertad de 8 a 20 años y confiscación de bienes.

<i>País</i>	<i>Norma legal</i>	<i>Sanción</i>
Ecuador	Ley 108 de 1990	De 4 a 8 años de prisión y multa de 40 a 6.000 salarios mínimos vitales.
El Salvador	Decreto 498 de 1998	Prisión de 4 a 8 años.
Guatemala	Decreto 48 de 1992	De 6 a 20 años de prisión y multa de 50.000 a 5.000.000 de quetzales.
Honduras	Decreto 202 de 1997	De 12 a 20 años de prisión.
México	Código Penal, art. 400 bis	De 5 a 15 años de prisión y multa de 1.000 a 5.000 días multa.
Nicaragua	Ley 285 de 1999	De 5 a 30 años de prisión y multas.
Panamá	Ley 41 de 2000	De 3 a 8 años de prisión.
Paraguay	Ley 1015 de 1996	De 2 a 10 años de prisión.
Perú	Código Penal, art. 296 B	Cadena perpetua.
República Dominicana	Ley 17 de 1995	De 2 a 5 años de prisión y multa de 100.000 a 250.000 pesos oro.
Uruguay	Ley 17.016 de octubre de 1998	De 12 meses a 6 años de prisión.
Venezuela	Ley 13 de 1993	De 15 a 25 años de prisión.

* Se refiere solamente a las sanciones aplicables a empleados de las instituciones financieras. No incluye sanciones aplicables a las instituciones por "responsabilidad corporativa".

CAPÍTULO XIII

LA NORMATIVA ANTILAVADO ITALIANA*

§ 75. LAS REGLAS DE COMPORTAMIENTO PARA BANCOS E INTERMEDIARIOS. — Las observaciones que siguen serán desarrolladas deliberadamente en forma esquemática, con el fin de proporcionar un patrimonio técnico cognoscitivo común y favorecer, de esta manera, la comparación con los puntos fundamentales tratados en los capítulos referidos al problema del lavado de dinero en Brasil, Uruguay y la Argentina.

a) *LAS FUENTES*: El punto de partida para el análisis lo dan las reglas que disciplinan la actividad bancaria y de terceros especialmente identificados como sujetos de ciertas responsabilidades en materia de control de operaciones de lavado de activos. Veamos, pues, las más importantes:

1) *Las recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)*: Este organismo fue creado en 1989 entre los siete países más industrializados, ocho países extra-comunitarios y la Comisión CEE. Sus funciones principales son: monitorear el fenómeno de la criminalidad en los Estados miembros, proponer medidas para hacerle frente y verificar su ejecución.

El GAFI ha elaborado cuarenta recomendaciones contra el lavado de dinero, cuyos objetivos fundamentales son: a) conferir a las autoridades amplios poderes de investigación, de confiscación y de represión; b) la obligación a las instituciones financieras de no mantener cuentas anónimas o a

* Por ANDREA CASTALDO.

nombre de personas claramente ficticias, identificando aun a los clientes ocasionales; c) la conservación de los registros y documentaciones al menos por seis años; d) la previsión de normas que garanticen una particular atención de los operadores respecto de transacciones complejas, inusuales o que no tengan un claro fin económico, y e) el pedido a las autoridades de vigilancia y control para que se aseguren de que los sujetos vigilados desarrollen adecuados programas de prevención y defensa del fenómeno del lavado de dinero, junto a una mayor cooperación internacional entre las propias autoridades.

2) *La directiva 91/308/CEE*: advierte la existencia del fenómeno del lavado de dinero y lo define; hace suya la esencia de las recomendaciones del GAFI, puntualizándolas.

3) *El decreto ley 143/1991 (modif. por ley 197/1991)*: a) institucionaliza las limitaciones al uso de efectivo y de títulos al portador para sumas superiores a los veinte millones; b) impone a los intermediarios *obligaciones de identificación y registración*; c) obliga a los intermediarios a señalar a las autoridades competentes las *operaciones sospechosas*; d) crea listas especiales de intermediarios habilitados para efectuar determinadas operaciones, prescribiendo precisos cumplimientos constitutivos y periódicos, y e) atribuye deberes específicos de vigilancia del cumplimiento de la ley a las asociaciones sindicales de intermediarios.

4) *El artículo 15 de la ley 52/1996 (ley comunitaria de 1994)*, que prescribe: a) reordenar el régimen de las señalizaciones para favorecer su incremento; b) garantizar la eficacia y tempestividad de las señalizaciones a través de procedimientos informáticos; c) hacer efectiva la posibilidad de suspensión de las operaciones; d) garantizar la reserva de los sujetos que efectúan las señalizaciones, y e) extender la aplicación de la ley antilavado de dinero a todas las actividades potencialmente idóneas para ocasionarlo.

5) *El decreto ley 153/1997*: a) reemplaza el art. 3º de la ley 197/1991 dedicado a las señalizaciones; b) introduce el art. 3º bis sobre la confidencialidad de las señalizaciones, y c) atribuye al Ufficio Italiano Cambi la competencia en materia de recepción y gestión centralizada de las señalizaciones, y la titularidad del registro de los intermediarios crediticios.

6) *El decreto legislativo 374/1999*: En cumplimiento del requerimiento contenido en la ley comunitaria de 1994, extiende la normativa antilavado de dinero a actividades retenidas particularmente susceptibles de utilización con fines de lavado de dinero y ganancias provenientes de operaciones ilícitas.

b) *LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR COMO INSTRUMENTO ESENCIAL PARA ENFRENTAR AL LAVADO DE DINERO*: El sistema normativo arriba delineado, acompañando al de carácter represivo del Código Penal, reprime (art. 2º, ley 197/1991) las conductas que tengan un carácter “tangencial” y anterior respecto al fenómeno del lavado de dinero.

El sistema bancario es el más utilizado para el lavado de dinero de proveniencia ilícita; casi todas las actividades económicas presuponen el recurso al sistema bancario y son numerosas las posibilidades y las formas con las que es posible obtener el “lavado de dinero”; esto se debe, sobre todo, a la presencia en el mercado de bancos y sociedades que manejan los servicios en forma personalizada con el fin de garantizar la exigencia de anonimato del cliente.

Entonces, para que las posibilidades de contaminación del mercado se reduzcan dentro de límites restringidos, se ha hecho necesario asegurar la colaboración activa de aquellos sujetos que están involucrados más directamente en la actividad de intermediación financiera, como también con el fin de una más fácil reconstrucción del *paper trail* (pista de papel) por parte de las autoridades judiciales.

Desde esta perspectiva, asume una fundamental importancia la etapa procesal de la *recolección de informaciones* para que el intermediario pueda tomar conciencia de la proveniencia del dinero. Se tiende así a responsabilizar a los centros operativos en el ámbito de la circulación económica.

Ilustraremos, pues, sintéticamente las finalidades perseguidas a través de la recolección de informaciones financieras: a) uso de la información para la verificación de situaciones ya comprobadas y para la reconstrucción de situaciones en curso de comprobación de modo de darles valor por medio de un soporte probatorio idóneo; b) exacta individualización de los sujetos “reales” que, a través de intermediarios ficticios,

pretenden ocultar su identidad, y c) reconstrucción de los movimientos de dinero por encima de un tope cuantitativo significativo.

Todo lo dicho evidencia claramente cómo la norma penal que reprime el delito de lavado de dinero no tiene ninguna posibilidad de ser eficaz si no está apoyada en aquellas normas que, imponiendo obligaciones específicas de información, garantizan un fundamento probatorio idóneo. Los delitos previstos por los arts. 2 y 5 de la ley 197/1991 tienen, por lo tanto, naturaleza de delitos-obstáculo, imputaciones anticipadas de conductas que son la premisa para la comisión de otros delitos. Sin embargo, es necesario precisar que las obligaciones de identificación, registro, control y archivo informático tutelan directa y específicamente la transparencia de las actividades financieras, la corrección de la formación del patrimonio informativo y la integridad del mismo, y solo en modo remoto y mediato, la administración de justicia.

c) *LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS INTERMEDIARIOS*: Pasemos ahora a examinar más detalladamente las obligaciones impuestas a los intermediarios financieros con el fin de crear una red informativa sólida.

El artículo 13 del decr. ley 625/1979, reemplazado por el art. 2.c.1 de la ley 197/1991, prevé que el personal encargado por el intermediario financiero debe proceder a la identificación de "cualquiera que realice operaciones que impliquen la transferencia o movimiento de medios de pago de cualquier tipo de un importe superior a los 20 millones" ante uno de los intermediarios habilitados. La identificación se cumple recogiendo todos los datos personales del sujeto que efectúa las operaciones; los documentos de identificación idóneos a este fin han sido precisados por el Ministerio del Tesoro con el comunicado del 22/5/97.

A las obligaciones de identificación se añaden las de registro de algunos elementos relativos a la operación: fecha y causal, importe de cada medio de pago, datos personales completos, número del documento de identidad de quien efectúa la operación y de aquel por cuenta del cual se efectúa.

Con el fin de permitir un manejo simplificado de los datos informados, de manera de garantizar un ágil acceso a los mis-

mos, se impone a los intermediarios financieros la obligación de crear un banco de datos centralizado e informatizado (AUI, Archivo Único Informático), en el que el personal encargado debe introducir los datos referidos a las operaciones llevadas a cabo.

Pasemos, ahora, a ilustrar las conductas que constituyen delito. Es necesario advertir la extrema dificultad del intérprete para orientarse en el régimen de sanciones correspondiente. Esto se debe a la presencia concomitante de dos factores negativos, es decir, la mediocre técnica de redacción de las normas y una serie de intervenciones legislativas y reglamentarias, con escasa coordinación entre ellas, que han creado, incluso, como se podrá ver, problemas de legitimidad constitucional.

El sistema de sanciones está previsto *in primis* en el art. 13 del decr. ley 625, del 15/12/79, modificado por el art. 2º de la ley 197, del 5/7/91, que a su vez introdujo modificaciones al decr. ley 143, del 3/5/91. En particular, el inc. 7º de dicho art. 13 prevé: "salvo que el hecho constituyera un delito más grave, el personal encargado de la operación que infringiese las disposiciones previstas por los incisos precedentes será reprimido con multa de cinco a veinticinco millones de liras".

La conducta sancionada consiste en la *violación de la obligación de identificación* impuesta al personal encargado; en el caso específico, se reprime la omisión de indicar por escrito todos los datos personales del sujeto que realiza la operación y, en el supuesto que este sea un simple fiduciario, de aquel por cuenta de quien se realiza la operación.

La conducta puede ser consumada ya sea a través de una conducta omisiva —delito omisivo propio— o de una conducta comisiva ofensiva del interés tutelado (un control efectuado a propósito de manera inexacta, la destrucción o el ocultamiento del soporte documental mediante el que se ha realizado la identificación, etc.). Cabe subrayar que cuando las omisiones o las imprecisiones incidan sobre datos de importancia secundaria y sean tales que no impidan la efectiva identificación, las mismas se consideran irrelevantes por ser, según el art. 49 del Cód. Penal, inofensivas ("La punibilidad se excluirá cuando, por la idoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de esta, fuere imposible el evento dañoso o peligroso").

A causa de la dificultad objetiva de individualizar los datos personales del titular real del negocio económico financiero, la obligación de identificación se extiende también con relación al ejecutor material de la operación: en efecto, en su contra se prevé reclusión de seis meses a un año y multa de uno a diez millones de liras en caso de omisión o falsa indicación de dichos datos (cfr. art. 13, inc. 8, decr. ley 625/79). La equiparación en el plano sancionatorio entre omisión y falsa indicación de los datos personales del sujeto titular de la operación ha sido condenada discutible por parte de la doctrina, respecto de los principios constitucionales de proporcionalidad y de igualdad, en cuanto la falsificación estaría connotada por una mayor desvalorización objetiva. En realidad, el legislador, más que en las modalidades de violación de obligaciones, ha puesto el acento en el resultado de la conducta: la frustración de las exigencias de transparencia, que se lesionan del mismo modo en ambos casos.

Una conducta ulterior sancionada penalmente se refiere a la violación de la obligación de registro, en virtud de la remisión al inc. 4º realizada por el art. 13, inc. 7: el personal que omite el registro, dentro de los treinta días, de la fecha y la causal de la operación, del importe de cada medio de pago, los datos personales completos y el documento de identidad de quien realiza la operación, como también los datos personales completos del eventual sujeto por cuenta del cual la misma se realiza, en un archivo único de pertenencia del sujeto público o privado ante el cual se realiza la operación, será reprimido con multa de cinco a veinticinco millones de liras. La norma prescribe, también, la conservación de los datos por el término de diez años.

Con el fin evidente de proporcionar una mayor eficacia a dicho mecanismo, la ley prevé un término perentorio (treinta días), cuyo vencimiento activa automáticamente la sanción penal.

Otro problema que la ley de 1991 busca resolver es el que surge del conocidísimo *escamoteo* de llevar a cabo operaciones fraccionadas en importes individuales, de monto inferior al límite de veinte millones de liras; el art. 13, inc. 2, del decr. ley 625/79, con este propósito dispone que las obligaciones señaladas subsisten también cuando, por la naturaleza y las modalidades de las operaciones llevadas a cabo,

se pueda considerar que varias operaciones efectuadas en momentos diversos pero en un período de tiempo circunscripto, aunque individualmente inferiores al límite, constituyen partes de una única operación. De esto se deriva que la violación de las obligaciones de identificación y registro está reprimida (comb. disp. de los incs. 1, 2 y 7, art. cit.) también con relación a las operaciones fraccionadas que constituyen partes de una única operación, siempre que se pueda demostrar la unidad de las mismas, y sobre todo, la subsistencia del elemento subjetivo del delito, entendido como el conocimiento por parte del operador de la división artificial y la conciencia de violar las obligaciones de información. El decreto del Ministro del Tesoro, del 19/12/91, ha precisado que "el circunscripto período de tiempo" del que habla la norma se refiere a los días laborables comprendidos dentro de los siete días precedentes a las operaciones efectuadas ante la misma sede del ente.

Conforme al art. 6º del decr. ley 374, del 25/9/99, la violación de dichas obligaciones de identificación y registro está sancionada penalmente también en cuanto a las demás categorías indicadas por el art. 1º para la prevención del lavado de dinero.

Naturalmente, la prevista creación del Archivo Único Informático (AUI) era indispensable para darle una efectiva utilidad al deber de identificación y registro que, de otra manera, en soportes de papel se hubiera demostrado una ineficaz e inútil carga burocrática. La lógica consecuencia del sistema descrito es, por lo tanto, la previsión de un tipo penal ad hoc.

El artículo 5º, inc. 4 de la ley 197/91 dispone, en efecto, que el titular o los órganos directivos del intermediario financiero que omitan crear dicho AUI, dentro de los seis meses desde la fecha de publicación del decreto del Ministro del Tesoro con el cual serán establecidas las modalidades de adquisición y archivo de datos, serán reprimidos con detención de seis meses a un año y con multa de diez a cincuenta millones de liras. Las modalidades de aplicación están previstas mediante el decreto fechado el 7/7/92, y por lo tanto el plazo de la obligación de crear dichos archivos ha vencido el 10/1/93.

Cabe señalar que el sujeto obligado al cumplimiento de los deberes de identificación y registro no está obligado, *ipso facto*, a insertar los datos adquiridos en el AUI, ya que el

ejecutor del movimiento por cuenta del cliente puede ser una persona distinta del empleado encargado de la gestión del AUI (por su capacidad de técnico en informática).

La existencia de dichos archivos individuales representa, a la luz de lo dicho, la base técnica desde la cual partir para realizar una interconexión entre los diversos sistemas de manera de alcanzar la centralización de todas las informaciones disponibles a escala nacional; de este modo se podrá tener una visión de conjunto del movimiento de los flujos financieros nacionales.

Aun si no se hubiera creado un banco de datos central que aproveche al máximo las informaciones recogidas en las sedes autónomas por cada intermediario, hay que reconocer el rol no marginal desempeñado por el UIC en la elaboración y gestión de los datos en su poder. El Ufficio Italiano dei Cambi recibe mensualmente, en efecto, datos globales comunicados por los AUI y, posteriormente, efectúa comparaciones y cruzamiento de datos.

§ 76. LA OBLIGACIÓN DE SEÑALACIÓN DE LAS OPERACIONES “SOSPECHOSAS”. — Como se advierte, la obligación de señalamiento de las operaciones “sospechosas”, impuesta por el art. 3º de la ley 197/91, es reveladora de un rol no meramente pasivo del intermediario financiero en el marco de la prevención y represión del lavado de dinero. En consecuencia, es importante identificar los puntos principales del sistema normativo actual:

a) se impone la obligación de señalar sin retardo, al titular de la actividad o al representante legal o a un delegado de este, toda operación que induzca a creer que el dinero, los bienes o las utilidades objeto de las operaciones puedan provenir de los delitos previstos por los arts. 648 bis y ter del Cód. Penal;

b) la omisión de señalamiento será reprimida, salvo que el hecho constituya delito, con una pena pecuniaria administrativa indeterminada en el mínimo que puede alcanzar la mitad del valor de la operación (art. 5º, inc. 5);

c) la sospecha puede provenir de las características, entidad, naturaleza o cualquier otra circunstancia conocida con motivo de la función desempeñada, teniendo en cuenta, tam-

bién, la capacidad económica y la actividad desarrollada por el sujeto al que se refiere la operación;

d) los sujetos sobre los que pesa la obligación de informar son los indicados por el art. 4º de la ley 197/91: 1) las oficinas de la Administración Pública (incluidas las oficinas de correo); 2) las entidades de crédito; 3) las sociedades de inversión mobiliaria; 4) las sociedades de comisionarios admitidas en los parqué de la bolsa; 5) los agentes de bolsa; 6) las sociedades autorizadas a la colocación a domicilio de valores mobiliarios; 7) las sociedades de administración de fondos comunes de inversión mobiliarios; 8) las sociedades fiduciarias; 9) las empresas y los entes de seguros; 10) la sociedad Monte Titoli S.P.A., y 11) los demás intermediarios habilitados, a requerimiento, por el Ministro del Tesoro.

A estos sujetos se agregan los previstos por el decr. ley 374/99: 1) operadores en actividades de cobro de créditos por cuenta de terceros; 2) custodios o transportadores de caudales y títulos o valores; 3) agencias de negocios de inversión mobiliaria; 4) comerciantes en oro; 5) administradores de casas de juego; 6) corredores de créditos inscriptos en el registro, y 7) agencias de actividades financieras.

El único tipo penal en materia de obligación de información está previsto en el art. 5º, inc. 6 del decr. ley 143/91. Dicho artículo dice textualmente: "salvo que el hecho constituya delito, la violación de la prohibición prevista por el art. 3º, inc. 7, será reprimida con detención de seis meses a un año o con multa de diez a cien millones de liras". Pues bien, cabe criticar la desafortunada e impropia formulación utilizada. Por lo pronto, la locución usada ("salvo que el hecho constituya delito") es un claro absurdo jurídico: en efecto, si se le quiere dar un significado real a la expresión, es obvio que debe ser leído como "salvo que el hecho constituya un delito más grave".

Pero las sorpresas (negativas) del texto no terminan aquí, pues si se analiza, como consecuencia de la remisión dispuesta, el art. 3º, inc. 7, la norma allí contenida hace referencia a una disposición bastante confusa sobre el procedimiento de información y también el de la eventual suspensión de la operación por parte del UIC. El inciso 8 del mismo art. 3º prohíbe, en cambio, a los sujetos obligados al señalamiento, y también

a cualquiera que tome conocimiento, dar la información fuera de los casos previstos por la norma. Es demasiado obvio, por lo tanto, que la sanción penal debería hacer referencia a este inc. 8, es decir a la violación de la obligación de secreto. Y, en efecto, así era originalmente: la ley 197/99, de reforma del decr. ley 143/91, modificaba el original inc. 7 del art. 3º con la previsión de la obligación de confidencialidad. Posteriormente, el decr. ley 153/97, en el art. 1º, ha modificado el art. 3º en cuestión, restableciendo en el inc. 7 la disposición en materia del *modus procedendi* de las señalizaciones, y en el inc. 8, la obligación de secreto, desdoblando las normas, sin establecer contemporáneamente, como era lógico de esperar, una modificación del art. 5º, inc. 6, en la parte que remite a dicho art. 3º, inc. 7.

En conclusión, desde un punto de vista lógico y de política criminal, es claro que la sanción penal busca asegurar la tutela de la reserva de la información; sin embargo, el respeto del principio de legalidad impide cualquier interpretación discordante y vincula al intérprete con el dato textual, por tanto el tipo penal actualmente vigente termina por incriminar conductas de escasa desvalorización social, condenándose automáticamente a una suerte de desaplicación.

De lo dicho surge una paradoja evidente: mientras el art. 3º, puesto en una posición central en la estrategia antilavado de dinero, está desprovisto de sanción penal, están previstos tipos penales para conductas menos importantes (como la omisión de crear el AUI), o bien para conductas instrumentales o mediatas respecto al señalamiento. Esta política legislativa, cuanto menos singular, resulta el fruto de una cierta aproximación en la elección entre sanción penal y administrativa, y ha inducido a autorizados comentaristas a sospechar que el legislador haya incurrido en un simple olvido durante la modificación del decr. ley 143/91 o, cosa no menos grave, que haya querido ser más indulgente con las estructuras superiores de los mercados financieros, preservándolas de las sanciones penales, a diferencia de los niveles inferiores obligados a la identificación y el registro. *De iure condendo*, el legislador no podrá dejar de armonizar esta grave debilidad del sistema normativo.

§ 77. SUSPENSIÓN DE LAS OPERACIONES. — En relación con el tema de la obligación de señalamiento dispuesta por el art. 3º de la ley 197/91, modificado por el art. 1º del decr. ley 153/97, examinaremos ahora más detenidamente la cuestión de la suspensión de las operaciones sospechosas.

Una premisa indispensable, con el fin de encuadrar correctamente el tema, es la visión de conjunto de la evolución sufrida por las disposiciones previstas por el art. 3º en virtud, sustancialmente, del decreto ley 153/97.

En su formulación original, la reglamentación de las señalizaciones resultaba excesivamente compleja y la de la suspensión sustancialmente insuficiente. El sistema, en efecto, se articulaba en diversos niveles: a) el intermediario estaba obligado a señalar al jefe de policía la operación sospechosa, y b) el jefe de policía, a su vez, debía transmitir el señalamiento recibido al comisario mayor y al núcleo especial de Policía Monetaria de la Guardia de Finanzas.

La información pasaba a través de cuatro niveles, el último de los cuales, por lo demás, realizaba una descentralización de la información: 1) el funcionario o responsable de la sucursal, y 2) el comisario mayor y el núcleo especial de Policía Monetaria.

En los hechos, la normativa originaria del art. 3º se ha mostrado ineficaz e inútilmente compleja. Por lo demás, esto se ha manifestado en el hecho de que el flujo de las señalizaciones era “significativamente” escaso.

En febrero de 1993, Italia se sometió al examen del GAFI (Grupo de Acción Financiera) que, en efecto, evidenció algunos aspectos “críticos” del sistema de señalizaciones, recomendando su reorganización. El legislador de 1997 se ha hecho cargo, en sustancia, de garantizar eficacia y tempestividad, gracias a la ayuda, también, de los procedimientos informatizados y telemáticos: 1) en la organización; 2) en la transmisión; 3) en la recepción; 4) en el análisis de las señalizaciones, y 5) en el procedimiento de suspensión de las operaciones.

Esta es la razón de la elección del Ufficio Italiano dei Cambi: de la exigencia de aligerar el procedimiento nace la necesidad de centralizar el flujo de informaciones. El señalamiento se dirige ahora a un único interlocutor —el Ufficio Italiano dei Cambi—, que procederá a las averiguaciones necesarias, y una vez completadas, transmitirá “sin demora” las

señalaciones, remitiéndolas con un informe técnico a la Dirección de Investigaciones Antimafia y al Núcleo Especial de Policía Monetaria.

Por lo tanto, el primer aspecto de la normativa precedente sobre el cual era necesario intervenir para darle eficacia al sistema de señalizaciones era la subdivisión de las informaciones, que, solo en un segundo momento, llegaba al nivel central. A la luz de la reforma, en cambio, la centralización de la información en una dependencia única, con competencia funcional, desde el punto de vista técnico, y autorizada legalmente para el control y la verificación, permite un análisis más eficaz del material informativo y en consecuencia una rápida actuación.

La reforma descartaba la fórmula de la agencia mixta (propuesta en el intervalo de la promulgación del decr. ley 153/97), es decir, una fórmula colegiada que reunía alrededor de la misma mesa a miembros de las fuerzas de investigación y expertos del sector financiero, a favor de una opción que, hoy en día, separa netamente el análisis técnico financiero de la actividad de investigación. Es evidente, por lo tanto, con referencia al tema de la suspensión de las operaciones, la importancia de la elección a favor de un órgano único dotado de facultades técnicas específicas. A esto se agregan dos modificaciones importantes de la norma, funcionales, también, a la posibilidad efectiva de suspender las operaciones.

El inciso 2 del art. 3º (modificado por el decr. ley 153/97) dispone que el titular de la actividad o su representante legal no solo debe enviar sin demora el señalamiento sospechosa, sino, sobre todo cuando sea posible, *antes de que la operación sea realizada*, y por un *medio informático y telemático*.

Es necesario señalar, por otra parte, que la expresión adoptada ("sin demora") genera en la práctica una excesiva discrecionalidad; por lo tanto, sería preferible fijar un límite temporal máximo, según la metodología establecida por el régimen de suspensión.

La obligación de actuar antes de efectuar la operación permite una acción concertada y eficaz con el destinatario: el Ufficio Italiano dei Cambi, en efecto, podrá disponer una efectiva suspensión de la operación, ya que, justamente, no se habrá realizado aún. Luego, por vía informática, el señalamiento se encaminará con mayor velocidad, reduciendo al

mínimo, por otra parte, las posibles sospechas de quien realiza la operación.

Siguiendo las instrucciones operativas establecidas por la Banca d'Italia el 12/1/2001, los órganos empresarios de los intermediarios, con el fin específico de garantizar la suspensión de las operaciones por parte del UIC, "impartirán directivas idóneas para permitir una equitativa ponderación entre la exigencia de tempestividad y la de efectuar una adecuada evaluación de la operación".

En sustancia, se recomienda al intermediario un *iter* evaluativo compatible con la previsión normativa que prescribe la posibilidad de suspender la operación por un máximo de solo 48 horas, pues demoras injustificadas en el señalamiento al órgano de control implicarían, en efecto, la imposibilidad práctica para este último de efectuar la suspensión y de coordinar su actuación con los órganos de investigación, frustrando, así, la *ratio* de la norma.

De acuerdo con el escenario previsto por la norma derogada, por el contrario, la efectividad de la suspensión resultaba sustancialmente impracticable. En primer lugar, la ley (inc. 6 del derogado art. 3º) atribuía el poder de suspensión a todas las autoridades destinatarias de las señalizaciones, es decir, al jefe de policía, al comisario mayor y, también, al núcleo especial de policía monetaria, sin establecer ninguna coordinación entre dichas autoridades.

Por otra parte, la norma derogada no hacía ninguna referencia a las condiciones y a las modalidades por medio de las cuales la suspensión debería producirse. Dicha normativa resultaba, además, contraria a la directiva comunitaria según la cual los Estados miembros debían proveer de manera que, en caso de sospecha de lavado de dinero, el instituto de crédito suspendiese la operación aun antes de informar a las autoridades competentes.

La nueva normativa, aunque no la receptaba literalmente, se ajusta sustancialmente a la directiva en cuanto prevé que el titular de la actividad debe transmitir el señalamiento *cuan-do sea posible antes de realizar la operación*, permitiendo, de esta manera, al órgano central una suspensión "real" y que preceda, también, a la información a las autoridades investigadoras.

Estos son los puntos fundamentales de la reforma: a) el Ufficio Italiano dei Cambi puede suspender la operación, sea por iniciativa propia o a pedido de los órganos de investigación; b) la suspensión no puede tener una duración superior a las 48 horas; c) la suspensión se permite a condición que no provoque perjuicio, sea para el curso de la investigación o para la operatividad corriente de los intermediarios, y d) se debe dar noticia inmediata de la suspensión a los órganos de investigación. En todo caso, se sigue contemplando la posibilidad de que el Ufficio Italiano dei Cambi suspenda la operación incluso cuando el señalamiento haya sido efectuado posteriormente al inicio de la operación.

Merece una mención la cuestión de las relaciones entre el Ufficio Italiano dei Cambi y las autoridades de investigación. El artículo 3, inc. 4, apart. f, de la ley 197/91 prevé que el Ufficio Italiano dei Cambi, *"manteniendo firme lo previsto por el art. 331 del Código de Procedimiento Penal"*, transmitirá sin demora los señalamientos efectuados de acuerdo con el presente inciso y provistas de un informe técnico, a la Dirección de Investigaciones Antimafia y al Núcleo Especial de Policía Monetaria de la Guardia de Finanzas, que informarán de ello al Procurador Nacional Antimafia, cuando estén relacionadas con la criminalidad organizada o bien las archivará, informando de ello a los mismos órganos de investigación" (el destacado me pertenece).

Por lo tanto, la norma ordena una específica obligación de señalamiento de las operaciones sospechosas destinada a sujetos de investigación particularmente calificados, manteniendo la obligación establecida en forma general por el art. 331 del Cód. de Procedimiento Penal, relativa al deber de los oficiales públicos y de los encargados de servicios públicos de presentar denuncia por escrito al Ministerio Público o a un oficial de la policía judicial, cuando tengan noticia de un delito perseguible de oficio, en el ejercicio o a causa de sus funciones.

Precisado que la condición pública de los funcionarios de la UIC es indiscutible, la norma presenta muchas dudas sobre cómo coordinar la cláusula que preserva la regla del art. 331 del Cód. de Procedimiento Penal, sea desde el punto de vista temporal como del contenido, con la obligación de transmisión de las señalizaciones que constituye ella misma un cumplimien-

to del deber de denuncia a una autoridad obligada, a su vez a referir a la autoridad judicial. Se pueden dar diversas hipótesis de interpretación: por una parte, se podría pensar que al término de las averiguaciones que el UIC debe realizar, cuando se confirme o se descubra el *fumus delicti*, los funcionarios del UIC deberían dirigirse a la Procuración de la República de acuerdo con las reglas ordinarias; en caso contrario (es decir, faltando la hipótesis de un delito), el UIC estaría obligado, de todos modos, a transmitir la información a la DIA y al núcleo de policía monetaria.

También es posible pensar que la cláusula de preservación, al comienzo de la norma, establece la subsistencia del deber del UIC de señalar inmediatamente las operaciones sospechosas de acuerdo con las reglas ordinarias, cuando presentasen, desde el comienzo y sin ninguna necesidad de comprobación, los extremos de una *notitia criminis*. En consecuencia, se podría afirmar que, fijados los deberes establecidos por las normas generales (es decir, el art. 331 del Cód. Proc. Pen.), el UIC está obligado siempre a transmitir a las autoridades indicadas en el apart. f del inc. 4 del art. 3º las señalizaciones de operaciones sospechosas recibidas, independientemente de la configuración de los extremos de un delito.

§ 78. RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS A LA CLIENTELA. — Las cuestiones precedentemente expuestas ponen en evidencia que es posible encontrar responsabilidades de distinto orden por parte de las entidades financieras frente a sus clientes. La normativa en estudio, por su misma naturaleza, plantea interrogantes sobre la compatibilidad con el derecho al secreto y a la privacidad, tutelados tanto por la ley ordinaria como por la constitucional.

Es evidente, en efecto, que las obligaciones de identificación, registro y señalamiento que tengan por objeto a personas y operaciones realizadas por estas representan una sustancial violación de los derechos arriba mencionados. Considérese, sin embargo, que se está frente a comportamientos impuestos a los intermediarios por normas legales imperativas, cuya violación está reprimida con sanciones penales o administrativas.

Por lo tanto, frente al ejercicio de un deber impuesto por una norma jurídica, operará la regla general prevista por

el art. 51, inc. 1, del Cód. Penal en materia de la responsabilidad penal (art. 51, Cód. Penal: "Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o por una orden legítima de una autoridad pública excluye la punibilidad").

El intermediario o, mejor dicho, su representante legal y sus funcionarios, no podrán, por lo tanto, ser llamados a responder si cometen hechos delictivos en el ejercicio de los deberes impuestos por la ley 197/91; el daño a los clientes que se derivase de ellos, entonces, no será resarcible penalmente.

El legislador, luego, se ha preocupado por regular expresamente la cuestión de la responsabilidad "a 360 grados" con una norma ad hoc referida, sin embargo, solamente a las obligaciones de señalamiento previstas en el art. 3º de la ley 197/91. El inc. 7 de dicha norma dispone que "Las señalizaciones efectuadas de acuerdo y con los efectos del presente artículo no constituyen violación a la obligación de confidencialidad. Las señalizaciones y las disposiciones del inciso 6, establecidas de conformidad con el presente artículo y con las finalidades previstas por este, *no comportan responsabilidad de ningún tipo*" (el destacado me pertenece).

Es inequívoco el tenor de la norma: quien realiza el señalamiento y quien adopta la resolución de suspensión de las operaciones (prevista, justamente, por el art. 3º, inc. 6) no puede considerarse responsable a ningún título, en caso de daño al cliente. La responsabilidad, sin embargo, puede excluirse solo bajo dos condiciones. Las resoluciones en cuestión deben ser adoptadas *a)* de conformidad con las disposiciones del art. 3º, es decir, cumpliendo con los requisitos de forma (en particular, el respeto de los procedimientos) y de fondo prescriptos por la norma, y *b)* para los fines previstos por la norma, es decir, prevenir la introducción en el mercado de ganancias provenientes de actividades ilícitas y colaborar con los órganos de investigación en el descubrimiento de irregularidades y de operaciones sospechosas.

La Banca d'Italia, en el ámbito de sus competencias como órgano de control y vigilancia del sector, ha promulgado en varias oportunidades (la edición más reciente se remonta al 12/1/2001) las instrucciones operativas para la individualiza-

ción de operaciones sospechosas. El señalamiento pasa, en efecto, por una evaluación de acuerdo con el método y los parámetros indicados, justamente, por las instrucciones de la Banca d'Italia.

Basta una simple lectura de las instrucciones, a las que, de todos modos, se les debe reconocer un elevado nivel de completitud y especificidad, para notar la imposibilidad de prescindir de un cierto grado de discrecionalidad en la fase de evaluación. Es difícil sostener una responsabilidad a cargo de quien realiza el señalamiento cuando se atenga a los parámetros indicados por las instrucciones promulgadas por el órgano de vigilancia: la discrecionalidad, siempre que no derive en arbitrariedad, representa un elemento imprescindible en la evaluación de la oportunidad del señalamiento.

En su formulación original, la norma, en cambio, disponía que “las señalizaciones efectuadas de acuerdo y con los efectos del presente artículo no constituyen violación de la obligación de secreto y no comportan responsabilidad de algún tipo, *salvo los casos de dolo*” (el destacado me pertenece).

La normativa vigente hasta 1997 permitía al cliente, entonces, recurrir respecto del intermediario, probando el dolo del responsable del señalamiento, es decir que este había actuado con la conciencia y la voluntad de causar un daño injusto al cliente, divulgando información reservada.

Con una norma que refleja la prevista por el art. 3º, inc. 7, el inc. 8 del mismo artículo dispone que “*Se prohíbe, en todos los casos*, a los sujetos obligados a realizar las señalizaciones previstas por el art. 1, y a cualquiera que tenga conocimiento, dar informaciones fuera de los casos previstos por el presente artículo” (el destacado me pertenece).

El legislador, entonces, se ha preocupado por aclarar que el área de no punibilidad y, en general, de exclusión de la responsabilidad —establecida por el inciso precedente— se justifica solo por la exigencia de cumplir con las normas legales imperativas y, por lo tanto, debe aplicarse e interpretarse en sentido riguroso y restrictivo.

Cualquier información y comunicación divulgada, sea por los sujetos obligados por la ley como por “cualquiera que tome conocimiento (. . .) fuera de los casos previstos por la norma”, que cause un daño al cliente —sea un daño a la imagen o un daño económico en sentido estricto—, será siempre resarcible.

Luego, en lo que respecta a las obligaciones impuestas por el art. 2º de la ley 197/91, en materia de identificación y registro en un único archivo informático de los movimientos de capital de importe superior a los veinte millones de liras y los datos personales de quien realiza tales movimientos, difícilmente podrá subsistir una responsabilidad de los sujetos obligados y, en consecuencia, el resarcimiento de los daños a la clientela.

Es más simple, naturalmente, la respuesta al interrogante sobre el “resarcimiento o no” de los daños al cliente en el supuesto en que la operación implique la transmisión o el movimiento de medios de pago de importe superior a los veinte millones de liras (art. 2º, inc. 1). La obligación de identificación y registro, en efecto, está apoyada, en este caso, en un parámetro objetivo, insusceptible de valoración discrecional por parte del intermediario, que nunca podrá ser llamado a responder por violación de la privacidad y del secreto por haber señalado, y por consiguiente comunicado, datos reservados del cliente.

Es más problemático, en cambio, el supuesto en que la identificación se refiera a una serie de operaciones, cada una de las cuales de importe inferior a los veinte millones de liras, que sin embargo puedan considerarse parte de una única operación por la unicidad del contexto temporal en el que se desarrolla.

En este caso, es innegable la existencia de un margen de discrecionalidad del operador al evaluar la unicidad o no de las operaciones. Cabría preguntarse, por lo tanto, qué sucedería si el funcionario verificase las operaciones realizadas por el cliente que luego se revelaran no pertenecientes a una misma operación.

Es cierto que si el responsable o el funcionario encargado ha actuado con la debida diligencia y respetando las normas, no podrá responder por los daños al cliente, aunque este demostrase que no se ha tratado de una “única operación”. El resarcimiento de los daños a la clientela se configura, entonces, en esta materia, con relación a diversos ámbitos de responsabilidad:

a) Resarcimiento del daño derivado de la comisión de hechos penalmente reprimidos por la ley 197/91, cometidos por el

intermediario (por sus funcionarios y/o representantes legales), que seguirá, naturalmente, a la comprobación del delito.

b) Resarcimiento del daño "injusto" a la clientela causado por el hecho doloso o culposo del intermediario de acuerdo al art. 2043 del Cód. Civil: se trata, consecuentemente, de la responsabilidad extracontractual configurable, por ejemplo, en los supuestos de violación del art. 3º, inc. 8, es decir de comunicación de datos e informaciones reservados fuera de los límites y de los casos previstos por la misma norma. De acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba, será el cliente quien deberá demostrar que ha sufrido un daño injusto como consecuencia de conductas debidas al intermediario.

c) Resarcimiento del daño contractual por incumplimiento: la relación que se instaura entre el intermediario y el cliente es indudablemente una relación contractual y, por lo tanto, cuando el intermediario resulte incumplidor —en todo o en parte— de las obligaciones contractualmente asumidas (por ej., se niegue a cambiar un cheque o a mover capitales por sospechas de operaciones de lavado de dinero, o retarde la realización de operaciones) será responsable según las reglas generales. Estará, por lo tanto, exento de responsabilidad y, en consecuencia, de la obligación de resarcir el daño solo cuando demuestre que el incumplimiento deriva de causas que no le son imputables.

CAPÍTULO XIV

LOS FILTROS SISTÉMICOS DEL CRIMEN
ORGANIZADO EN MATERIA
ECONÓMICA Y FINANCIERA *

En trabajos publicados tiempo atrás referidos a la delincuencia organizada hemos señalado que sus actividades no pueden aprehenderse adecuadamente —menos aún en Latinoamérica— si no son analizadas en un contexto socio-económico cultural dado, o sea, como un subproducto de la estructura general del sistema¹.

Partiendo de esa base, percibimos que el delito organizado puede y debe ser observado desde una doble perspectiva complementaria: a través de un análisis *clínico-sintomatológico* de las aristas que lo definen y por medio de un análisis *tomográfico*, profundizando en el conocimiento de los mecanismos involucrados en cada una de sus operaciones.

§ 79. ANÁLISIS CLÍNICO. — El empleo del análisis clínico nos permite un primer nivel de acercamiento de ponderación externa de estos fenómenos por medio de sucesivas variables, que a continuación se desarrollan.

* POR RAÚL CERVINI. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de UCUDAL. Secretario General para América Latina y Segundo Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

¹ GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, ps. 241 y siguientes.

a) *NIVEL DE LA "AMENAZA"*: Visualiza el gran daño material y social que revisten sus actividades. Hemos expresado en anteriores trabajos que el análisis de la amenaza implica el estudio y evaluación de lo que el delito organizado y sus actividades cuestan a la colectividad directa o indirectamente. La estimación de estos costos conduce, en principio, a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado potencial de daño material y social.

Acerca de este tópico debemos realizar necesariamente ciertas precisiones complementarias. En primer lugar, la delincuencia organizada constituye todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países. Sobre este tema existe pleno acuerdo desde hace muchos años en el ámbito de las diversas agencias de las Naciones Unidas.

En segundo término, las cifras que se conocen sobre los montos de los ilícitos atribuidos al delito organizado son apenas un pálido reflejo de los reales volúmenes involucrados, pero en todo caso no debe caerse en la simplificación de creer que hay una identificación o una suerte de paralelismo necesario entre el producto de esas actividades ilícitas y el costo social directo que representan².

En tercer lugar, se ha sostenido que el manejo de las cifras debe relativizarse en los países del Tercer Mundo, en los cuales muchas de las operativas solo tienen efectos derivados. Al respecto podemos recordar que criminólogos como J. W. ROBSON y Mary McINTOSH³ consideran que los "costos directos" del crimen organizado solo los sufren los países industrializados. En el mismo sentido, el profesor ZAFFARONI expresa que el crimen organizado va unido al desarrollo, pues solo puede surgir en sociedades complejas⁴. No compartimos,

² BACRIE, Stephanie, *Informe Nacional sobre la Delincuencia Organizada. Las operaciones económico-financieras*, ponencia al Cónclave Aspectos Económicos del Delito Organizado en el ámbito de la Comunidad Europea, organizado por la Secretaría Ejecutiva del COD y la Secretaría General del ICEPS Europa, Estrasburgo, 2003, ps. 23 y siguientes.

³ McINTOSH, Mary, *La organización del crimen*, serie "Nueva Criminología", 3ª ed., Siglo XXI, México, 1977, ps. 60 y siguientes.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio R., *Crime organizado: uma categorização frustrada*, en Rev. "Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade", Instituto Carioca de Criminologia, Relume-Dumara, Rio de Janeiro, año 1, n° 1, junio de 1996;

sin embargo, el criterio del eminente maestro latinoamericano. Diversos estudios e incluso la propia realidad se han encargado de demostrar lo contrario. Ya en 1992 VASILJEVIC⁵ resaltaba el incremento aritmético del monto de las sumas involucradas en actividades de la delincuencia organizada en los países del Este y en América Latina. En nuestro continente y en los últimos años un sinnúmero de rigurosas investigaciones de campo han confirmado esa aseveración. El análisis de la realidad de Colombia, Paraguay o de las grandes urbes de Brasil ha puesto en evidencia la estrategia coordinada de diversos grupos delictivos no convencionales, la conexión operativa de sus mandos ejecutivos y el frecuente empleo de los mismos cuadros de asesoramiento y redes de intercambio (*networks* ilícitas). Por su parte, SEVERIN, refiriéndose a las formas organizadas de extra delincuencia económica, confirma esta tesitura manifestando que las formas de criminalidad organizada macroeconómicas no son en absoluto exclusivas de las economías conocidas como desarrolladas. Muy por el contrario, es a su juicio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las manifestaciones de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular (ilícito u objetivamente abusivo) de ciertos resortes del mercado, sin duda cualitativamente más significativas. Los porcentajes estadísticos de este tipo de criminalidad pueden variar en los países subdesarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la extracriminalidad el volumen del daño⁶.

"Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita", en *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, ps. 63 y siguientes.

⁵ VASILJEVIC, Vladan A., *Préalable a de meilleures prévention et represión du crime organisé*, en "Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique", organe officiel de l'Association Internationale des Criminologues de Langue Française (AICLF), Meichtry, Genève, vol. XLV, n° 4, 1992, ps. 486 y siguientes.

⁶ SEVERIN, Louis W., *Recent Developments in Relation to Economic Crime*, 3ª ed., Ladelt, Austin, 1996, p. 42, y *Economic Organized Crime and the Protection of Public Administration*, HBF, New York, june 1996, p. 67. Ha sostenido el mismo criterio CASTALDO, Andrea, *Criminalidad organizada y la preservación del orden democrático en América Latina*, conferencia dictada en la Cámara de Entidades Financieras del Uruguay, Montevideo, 2000.

b) *ESTUDIO DE LA VARIABLE "AGRESIVIDAD"*: Se entiende por ello al dominio de medios y al alto grado de tecnificación característicos de la actual delincuencia organizada.

Cuando hablamos del factor "agresividad", estamos pensando en el estudio de las tendencias –en mayor o menor grado– conservadoras, innovadoras o expansionistas de los diferentes grupos delictivos y de sus actividades. El accionar de estos grupos nos muestra que algunos son más activos, más inclinados a renovar operativas, mientras que otros se muestran más conservadores, procuran evitar cambios e introducirse en nuevas formas de delincuencia. No obstante, debe hacerse una precisión: aun los grupos más renuentes a innovar en sus actividades poseen gran flexibilidad dentro de su ramo principal de actividad. La flexibilidad en toda circunstancia es un requisito inexorable para la supervivencia de estos sindicatos delictivos⁷.

En este ámbito son múltiples las referencias de los estudiosos al "factor innovación", "capacidad de adaptación" y "ajuste estratégico", propios de la criminalidad organizada. También debe tenerse presente que las tendencias conservadoras o innovadoras de las organizaciones criminales no solo se vinculan con la posibilidad de aumentar las ganancias sino también con la mayor o menor eficacia de los niveles de control social e incluso con la eventual burocratización relativa de los propios cuadros de los sindicatos criminales⁸.

c) *EL ESTUDIO DE LA RED*: Incluye la coordinación de actividades, la estrategia global y el grado de transnacionalización de sus actividades.

Bajo esta óptica se trata de determinar y esclarecer la intrincada maraña de enlaces y asociaciones, las posiciones individuales y recíprocas, las interacciones de todos los miembros conocidos de las organizaciones de delincuentes de un sector dado, así como los esquemas de conexión de cada grupo con otros grupos y otras actividades en el mismo sector o en otro, no necesariamente ilegítimo. En otras palabras, este

⁷ NEGRAL, Paul J., *Economic Crime and Power Crime*, Texas University Press, Austin, 2000, p. 78.

⁸ Cfr: MELZER, Yoland, *Organized Crime: Leanell Report*, MIF, New York, 2002, ps. 34 y siguientes.

nivel de análisis nos permite comprender, por un lado, los enlaces existentes entre los diferentes actores y segmentos del crimen organizado, los relacionamientos y vínculos entre el sector del crimen organizado y los cuadros legítimos de la vida social, económica y política de la comunidad; y por otro lado, posibilita calibrar el real alcance de otras tres características esenciales que tienen los sindicatos del crimen organizado: la coordinación, la estrategia global y la transnacionalización de sus actividades. Esta última constituye uno de los más relevantes filtros sistémicos de tipo operativo y entre ellos será tratada.

En cuanto a la coordinación de actividades podemos expresar sintéticamente algunas ideas. La existencia de una "organización", característica central de estas agrupaciones informales, implica que debe existir necesariamente un nexo idóneo al fin propuesto entre las diferentes ramas o segmentos que integran el grupo criminal, una inequívoca relación de subordinación y coordinación que se traduce en unidad de decisión operativa del grupo, aun cuando eventualmente esté diversificada según los sectores involucrados. Esta conformación organizada no siempre aparece con claridad frente al común de los observadores. Es más, está probado que en muchos países y regiones, los sindicatos criminales procuran exteriorizar una cierta "apariencia inorgánica" o "anómica" de sus actividades y desdibujar la estructura real de sus mandos, como sucede, por ejemplo, en Japón o Francia⁹. La estrategia que en anteriores trabajos hemos llamado "verticalidad difusa" busca simultáneamente la diversión de los esfuerzos de los portadores del control punitivo formal y bajar o mantener acotados los niveles de reacción de la opinión pública frente a sus actividades¹⁰.

Por su parte, la existencia de una estrategia global presupone un proyecto o un conjunto de directivas de naturaleza criminal que se implementan y desarrollan con distinto nivel de flexibilidad, pero siempre respondiendo a una concepción geocéntrica. Esto equivale a la existencia de un plan director común o al menos de ciertas pautas operativas uni-

⁹ BACRIE, Stephanie, ob. cit., p. 32.

¹⁰ Sobre el tema, GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, ob. cit., ps. 261 y siguientes.

ficadas de modo general o parcial, de acuerdo con el sector de actividad, dentro de un marco de actuación potencialmente transnacional¹¹.

d) *VULNERABILIDAD*: Finalmente, el estudio de la variable “vulnerabilidad” permite una evaluación crítica del funcionamiento de todos los segmentos del sistema penal y de una sociedad incapaz de frenar a estos grupos aparentemente inmunizados ante los órganos administrativos y judiciales por el juego de diversos filtros sistémicos.

En un segundo grado más global de acercamiento, el mismo sistema de análisis que llamamos “clínico” pondrá en evidencia la existencia de filtros estructurales (de naturaleza económico-financiera y de naturaleza social) y de filtros operativos, los que serán objeto de particular tratamiento más adelante.

e) *FILTROS ESTRUCTURALES DE NATURALEZA ECONÓMICA*: Operan trabando las tareas de detección, prevención y persecución —entre otras manifestaciones de macrocriminalidad organizada— de las operaciones de lavado de dinero. Su efecto neutralizador del control ocurre a partir de la misma posibilidad de aprehender conceptual y técnicamente esos procesos. En ese campo se han estudiado, entre otros:

1) El crecimiento vertiginoso de la proporción de actividad económica clasificada como sumergida (sin reflejo en las estadísticas oficiales)¹².

¹¹ Ídem, ps. 266 y siguientes.

¹² HERNET MAYARIN, Louis, *La economía sumergida*, en “Revista Social Debates”, nº 17, Bogotá, 1996, p. 35. Sobre el tema ver: CAMPODÓNICO, Humberto, “El impacto económico. la política del avestruz”, en *Coca, cocaína y narcotráfico: laberinto en los Andes*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, ps. 226 y ss.; AGUILAR-GÓMEZ, Aníbal, *El impacto desestructurador del capital paralelo sobre la economía campesina*, Procampo, La Paz, 1987, ps. 62 y ss.; CASTRO, Juan J., y GÓMEZ, Walter, “Crisis económica y perspectivas de la democracia”, en *Democracia a la deriva: Dilemas de la participación y concertación social en Bolivia*, PNUD-CLASCOS-CERES, La Paz, 1987; LEE, Rensselaer III, *Dimensions of the South American Cocaine Industry*, en “Journal of Interamerican Studies and World Affairs”, nº 30:2-3, verano-otoño de 1988, ps. 87 a 103, y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Hacia un derecho penal económico europeo”, en *Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 a 17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, ps. 78 y siguientes.

2) El aumento del componente “servicios” de la economía legal¹³.

3) La evolución del mercado monetario internacional que se explicita en la globalización de sus operaciones¹⁴.

4) La vertiginosa expansión de las operaciones bancarias internacionales más allá de lo que razonablemente requeriría el crecimiento del comercio internacional¹⁵.

5) La manifiesta importancia de los procedimientos de transferencias por vía electrónica como formas hoy prevalentes de circulación de bienes y servicios, no siempre controladas con eficiencia;

6) La creciente despersonalización del mercado de capitales;

7) La mutabilidad de los mercados. Hoy las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, que cabe denominar “mutabilidad”¹⁶, debe verse como algo natural en el marco de los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de emprender esfuerzos *de lege ferenda* y control del delito organizado. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, ésta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Sólo a través de su conocimiento profundo, el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente que si se legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente. Esto demuestra la pertinencia del sistema de análisis tomográfico que veremos más adelante.

¹³ Sobre el tema, HANNER, Milton W., *Notes of the Committee on the Judiciary. Senate Report: Drug Evidence*, Mervin Thomas Editors, St. Paul (Minnesota) June 1995, p. 104, y MAÑOSA CALLAMEI, Edgard, *Las plazas de servicios financieros. Aspectos de su control*, en Rev. “Estadística”, n° 66, México, 1995, p. 23.

¹⁴ Ver SEVERIN, Louis W., *Recent Developments in Relatio . . .*, ob. cit., ps. 17 y siguientes.

¹⁵ Ver CERVINI, Raúl, *Riesgos corporativos y el fenómeno de la macrodelincuencia internacional*, documento mimeografiado, ponencia al IV Congreso de Derecho Penal Bancario del ICEPS, Río de Janeiro, mayo de 1996.

¹⁶ RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan M., *El derecho penal en la actividad económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, p. 93.

f) *FILTROS ESTRUCTURALES DE NATURALEZA SOCIAL*: Podemos destacar entre ellos: 1) La incidencia relevante del llamado “principio de la comunidad”. Las manifestaciones de la delincuencia organizada se desarrollan contextualizadas en un referente comunitario. En forma muy clara, la especialista CARDOSO DA CUNHA, en recordada conferencia, ha sintetizado el extenso desarrollo conceptual de Maloy, expresando que el referente comunitario es aquel que proyecta y remite con diferente grado de incidencia la reversión positiva del conflicto desde las bases de una comunidad involucrada (inter-referenciada)¹⁷.

2) La influencia determinante de los “márgenes éticos de tolerancia” de los grupos dominantes de la sociedad. Ya hemos expresado en anteriores trabajos que, sin perjuicio de la incidencia de otros múltiples factores, una organización criminal permanente o la misma corrupción pública en gran escala sólo podrán funcionar en un colectivo dado, en la medida en que no lesionen los intereses o márgenes de tolerancia ética de los grupos dominantes de la sociedad.

Entendemos por márgenes de tolerancia ética: la retórica de valores formales cuyo trasvase externo y visible provoca una reacción extraordinaria frente a desviaciones que el poder consideraba hasta ese momento como convencionalmente acotadas (ejemplo: el caso de la denuncia contra el ex presidente de Brasil Collor de Mello)¹⁸.

¹⁷ Por nuestra parte, visualizamos al menos tres niveles o grados en su concepción: un primer nivel (institucional) supone la recomposición de las políticas públicas de solución del conflicto en clave de consenso social; un segundo nivel, al que JEFFERY denomina “social”, supone involucrar directamente al colectivo en el diseño de políticas penales de ejecución pública. Un tercer nivel (radical) supone radicar en la comunidad, tanto el diseño, como la ejecución de crecientes niveles (más o menos adjetivos) de solución del conflicto. Como puede observarse, en el segundo nivel la ejecución de las políticas permanece siendo responsabilidad de la Administración, mientras que en el tercer nivel se extrae del ámbito público no solamente un segmento del diseño de las políticas públicas, sino también un sector significativo de su aplicación. Por nuestra parte, nos sentimos inclinados a integrar dentro del modelo de referente comunitario a sus dos primeros grados, en los cuales la participación comunitaria no excluye el poder-deber y responsabilidad del Estado en la conducción de esas políticas públicas, aunque confirmadas desde una base comunitaria. Cfr. *Criminal Justice*, en “Law and Criminology Review”, vol. 6, n° 5, 1998.

¹⁸ CERVINI, Raúl, *Organized Crime. A Latin American Perspective*, en “Federal Lawyer’s Magazine”, n° 31, Jacksonville, June 1993. El mismo texto, con

§ 80. FILTROS SISTÉMICOS DE TIPO OPERATIVO. — Una consideración especial, aunque siempre siguiendo el criterio de análisis clínico, se aplica a los principales filtros sistémicos de tipo operativo, que son: la transnacionalización del delito, el abuso de la posición dominante con especial referencia de la especialización profesional y la apariencia de legalidad absoluta, cuya máxima expresión se encuentra en el funcionamiento de las *networks* ilícitas.

En ese complejo contexto, debemos resaltar el incremento de actos delictivos caracterizados por una suerte de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta *transnacionalización* es sin duda -en la faz operativa- la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio RESTA¹⁹, rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética, “un sistema no puede sobrepasar sus propios límites”. Este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales, sino que las utiliza precisa y deliberadamente para sus fines, ya que la policía, como el derecho penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Estas dificultades se acrecientan tratándose de la internacionalización del acontecer económico, nos dice TIEDEMANN. Agrega luego que la magnitud y potencia financiera de los grandes consorcios “les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso” y el único que puede hacer frente a ese poder es el derecho penal “para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso,

notas adicionales y comentarios del profesor Saul BLOVICH, en *Law and Criminology Review*, vol. XII, n° 2, enero-mayo 1994.

¹⁹ RESTA, Elgio, *Relato sobre aspectos sociales*, IX Congreso de Defensa Social, Buenos Aires, 1986, p. 7; RISSI, Eduardo M., *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, Jasil, México, 1991; GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, ob. cit. en nota 1.

castigarlo posteriormente". Es a su juicio el medio idóneo llamado a hacer frente a los excesos de las transnacionales.

Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descalabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de las disposiciones sobre moneda extranjera y hasta el propio blanqueo del "dinero sucio" producto de las actividades de los traficantes, como delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico, cuando hay que tomar la declaración a un testigo en el extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencias sumariales. Las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los distintos países contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia frecuentemente organizada, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e incluso aquellas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de diferentes naciones, TRAVERS acuñó en 1925 la expresión "entreayuda penal"²⁰ (*l'entraide*; para ROUX²¹, *l'entr'aide*), también conocida posteriormente entre algunos autores norteamericanos como "extrayuda penal"²², como significativa de los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan en la actualidad los Estados entre sí, sin mengua alguna de sus respectivas soberanías.

²⁰ TRAVERS, Maurice, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, en "Recueil des Cours de L'Académie de Droit International, Hachette, Paris, 1925, t. 4, p. 430.

²¹ ROUX, Jean-A., *L'entr'aide des États dans la lutte contra la criminalité*, en "Recueil des Cours de l'Académie de Droit International", Sirey, Paris, 1932, t. 36, ps. 80 y ss. Para este autor la entre-ayuda requiere una doble condición: primero, un sentimiento de cortesía existente entre las naciones civilizadas, y segundo, el sentimiento de que los criminales no constituyen solamente un riesgo nacional sino que constituyen un peligro internacional.

²² CLIFFORD, William, "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66th Annual Meeting of the American Society of International Law*, "American Journal of International Law", vol. 66, n° 4, 1972, p. 134.

El citado ROUX creía advertir tres formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo²³. Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal²⁴: la *administrativa*, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de cooperación judicial penal internacional²⁵ que pueden esquematizarse funcionalmente, siguiendo las enseñanzas de Polimeni, como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) en el nivel internacional, en la realización de un mismo fin, que no es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección del auxilio requerido)²⁶.

En esta materia, muchas veces —principalmente tratándose de investigaciones de macrodelitos económicos con connotaciones externas—, los exhortos carecen de toda precisión en su contenido. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Sólo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se desea investigar y de cuáles son las formas más

²³ ROUX, Jean A., ob. cit., p. 87.

²⁴ Cf. TROUSSE, Paul-Emile: "Quelques Aspects de la Collaboration des Etats dans L'Administration de la Justice Répressive" en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruxelles, 1968, p. 11; STORDAHL, Frank, "Modalidades de Extradición Penal Internacional", Doc. Bc45-3, versión mimeografiada de conferencia pronunciada durante el Segundo Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo 1991, p. 26; FIERRO, Guillermo J., *La ley penal*, ob. cit., p. 208.

²⁵ Sobre cooperación penal internacional: CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juárez, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2000; ARAUJO (Jr.), João Marcello de; SEVERIN, Louis W.; CERVINI, Raúl; TAVARES, Juárez, y otros, *Curso de cooperación penal internacional*, publicación conjunta de la Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), Álvarez, Montevideo, 1994.

²⁶ *Ibíd.*, p. 19.

idóneas para hacerlo permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de cooperación penal internacional. Sólo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

Ya expresamos en trabajos anteriores que el debate, en lo que refiere al alcance de la cooperación judicial penal internacional, estaba basado en un falso dilema. En torno a ello concuerdan varios autores contemporáneos de primera línea. La admisibilidad o improcedencia jurídica de un instituto de tanta trascendencia como es la cooperación judicial penal internacional, advierte PITTARO, no se puede fundamentar en un extremismo, en términos de "ocho u ochenta". No se trata de cooperar de cualquier modo ni tampoco de abstenerse de hacerlo por principio²⁷.

Surge entonces naturalmente una pregunta obligatoria: ¿cómo se pueden amalgamar los aspectos garantistas de la tesis restrictiva con la necesaria solidaridad internacional que inspira a la tesis amplia iusprivatista? La respuesta, a nuestro juicio, debe encontrarse en la propia estructura de interacción procesal funcional entre las jurisdicciones de los diferentes Estados comprometidos en niveles de asistencia penal.

Toda alternativa de cooperación se estructura en tres planos fundamentales que deben mantenerse en constante tensión dinámica. Eso se debe reflejar en una necesaria tensión entre los intereses de una eficaz cooperación jurídica internacional, en equilibrio con el reconocimiento jurídico formal y sustancial de la diversidad de los sistemas normativos involucrados y de los derechos de aquellos individuos concretos eventualmente afectados en el cumplimiento de instancias de cooperación.

Tradicionalmente, atendiendo al hecho de que la cooperación nace de los Estados y encuentra su reconocimiento originario en el derecho internacional público, solamente se tuvieron en cuenta las partes formales de la cooperación judicial penal internacional: los Estados. Hoy en día, a través de un

²⁷ PITTARO, Paulo, *Tutele procedurali e requisiti in materia penale*, ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Extradición, organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, Siracusa, diciembre de 1989, p. 6.

enfoque integrado, los penalistas reivindican la consideración de las partes sustanciales de esas mismas instancias de auxilio: los Estados y los ciudadanos.

Ciertas abstracciones de derecho público se redujeron históricamente a un eufemismo transpersonalista, desconociendo el hecho de que gran parte de los casos de asistencia judicial penal internacional, para no decir todos, afectan directa o indirectamente la situación de individuos concretos provocando, en muchos casos, daños claramente irreversibles en la esfera de su libertad y de su patrimonio. Las personas eventualmente afectadas tienen una natural y legítima vocación de hacer oír su punto de vista, en el decurso de estas instancias de auxilio entre Estados, las cuales, no obstante ese carácter preponderante (de asistencia entre Estados), no pueden ejecutarse legítimamente de espaldas a los derechos de los destinatarios finales de todo el tráfico jurídico: los ciudadanos. No olvidemos que tanto el derecho penal interno de cada Estado como las manifestaciones internacionales de auxilio penal deben tener su centro en el hombre y sus intereses²⁸.

La anteriormente expuesta estructura funcional de este tipo de asistencia implica una doble proyección externa e interna del instituto y, por consecuencia, una lectura bifocal de sus alcances. En lo que refiere a un primer nivel de aproximación, que podemos denominar como "el continente", es indiscutible que en los tiempos actuales las instancias de coo-

²⁸ SCHUTTE, Julian J. E., *La regionalización del derecho penal internacional y la protección de los derechos del hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal*, Informe General de la A.I.D.P., cuadernos del XV Congreso Internacional de Derecho Penal, Sección IV, UERJ, Rio de Janeiro. En el número 6 del Capítulo II (La protección de los derechos humanos en la cooperación en materia penal), del Proyecto de Resolución al Tema IV, afirma: "En la elaboración de nuevos instrumentos sobre cooperación internacional en materia penal, los Estados deberían prestar específica atención a la definición y protección de los derechos e intereses del individuo en procedimientos realizados en el transcurso de la aplicación de tales instrumentos. Estos derechos e intereses pueden incluir, dependiendo del caso: el derecho de invocar la aplicación del instrumento a su favor, el derecho a ser informado de cualquier aplicación del instrumento y el derecho de acceso al tribunal para controlar la legitimidad de tal aplicación". Cfr. CERVINI, Raúl, *Los derechos humanos como límite a ciertas instancias de cooperación internacional*, versión magnetofónica de la conferencia dictada durante el transcurso del 5º Curso Internacional de Criminología Integrada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florida, 18 de junio de 1992, p. 24.

peración judicial penal internacional deben ser vistas —en principio— como un mecanismo procesal normal o regular de derecho internacional, como derivación natural del Principio de solidaridad judicial entre Estados. Obviamente que, tratándose de asistencia de naturaleza penal, la calificación de “normal” o “regular” no se puede entender de modo alguno como sinónimo de “indiscutible” o “inexcusable”. Por la sensibilidad de los temas que aborda, la prestación de asistencia debe priorizar el respeto de las máximas garantías individuales²⁹.

Atendiendo a este último aspecto, la discusión, si cabe, deberá recaer sobre “el contenido”. En este ámbito entrará a jugar necesariamente una red de principios de eficacia y garantías. Dentro de estos últimos, aquellos de naturaleza formal y sustancial, o sea, aquellos propios del proceso y también, muy especialmente, los inherentes al dogma penal, como son la dignidad de la persona humana, la relevancia del bien jurídico o el respeto a las categorías lógico-objetivas y la culpabilidad³⁰.

Esos mismos principios de eficacia y garantía, armónicamente balanceados, permitirán a los jueces requeridos y, eventualmente, a la Administración, resolver con plena eficacia, caso por caso, conforme al nivel de asistencia requerido y otras valoraciones jurídico-formales y sustanciales, la procedencia, improcedencia o diferimiento de la asistencia solicitada.

§ 81. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. — Los macrodelitos económicos traducen inequívocamente un abuso de la posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder que se disponen. Para nosotros se expresa no sólo en el campo

²⁹ PITTARO, Paulo, ob. cit., p. 6; CERVINI, Raúl, “La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización”, en *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994; el mismo autor, en *Princípios da cooperação judicial internacional*..., ob. cit., p. 23.

³⁰ Cf. TAVARES, Juárez, “Límites dogmáticos a la cooperación penal internacional”, en el *Curso de cooperación*..., ob. cit., ps. 101 y ss.; el mismo autor en *Princípios de cooperação judicial penal internacional*..., segunda parte, ob. cit., ps. 173 y siguientes.

económico y político sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional.

a) *EL ABUSO DE PODER*: Max WEBER escribió que el poder es “la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aun contra la resistencia de los demás”³¹. 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 abusiva³². La noción de “abuso de poder” se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan³³.

Hemos dicho hace más de quince años³⁴, y más acabadamente en un trabajo posterior sobre la ley brasileña 9034 de Combate a la Delincuencia Organizada, que en los últimos años el interés prioritario de los criminólogos se centra en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el profesor SERVIN VERSELE³⁵ denominó “cifras doradas” de criminalidad.

³¹ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, 1976, t. II, p. 531.

³² TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985, ps. 57 y siguientes.

³³ De forma coherente con ello, “Nuevas formas de macodelincuencia Económica. Abordaje metodológico”, en la obra colectiva *Ensaio penal em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*, Lenz, Porto Alegre, 2003. Compartimos las consideraciones del profesor norteamericano SEVERIN (*Recent Developments in Relation to Economic Crimes*, Labelt, Austin, 1991, ps. 42 y ss.), en el sentido de que la macro o extracriminalidad económica contemporánea (como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos) configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, los que no necesariamente se vinculan con 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.).

³⁴ CERVINI, Raúl, *Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado*, en Rev. “Doctrina Penal”, n° 40, Depalma, Buenos Aires, octubre-diciembre 1987, ps. 698 y ss. Específicamente en portugués: “Análise criminológica do fenômeno do delito organizado”, en AA. VV., *Ciência e política criminal*, em honra de Heleno Fragoso, Forense, Río de Janeiro, 1992, p. 488.

³⁵ SERVIN VERSELE, Carlos, *Las cifras doradas de la delincuencia*, Rev. “ILANUD”, (ONU), Año 1, n° 1, Costa Rica, 1978.

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.

b) *LA ESPECIALIZACIÓN PROFESIONAL*: 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 por 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. DAHL³⁶, el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquellos 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 lo tienen aparecen como permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio

³⁶ DAHL, Robert A., *Who Governs? Democracy and Power in American City*, New Haven, London, 1961.

de una actividad a la que todos tienen, en teoría, igual posibilidad de acceso³⁷.

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente, el dominio operativo de los medios tecnológicos se encuentran indisolublemente vinculados con el poder económico. Esta aseveración indiscutible hace algunos años merece hoy día muchas salvedades. Como hace notar el laboralista bahiano MARTINS CATHARINO³⁸, salvo en las pequeñas empresas en que la dirección técnica y supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de "dependencia técnica invertida", en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a tener la última palabra en los aspectos operativos en que intervienen³⁹.

En forma creciente, los autores angloamericanos⁴⁰ emplean el término "hecho penal profesional" (*occupational cri-*

³⁷ 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 socioeconómicas, políticas y culturales, 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.

³⁸ MARTINS CATHARINO, José, *Compêndio universitário de direito do trabalho*, São Paulo, 1972, vol. I, p. 245.

³⁹ Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como señala KELLERS (*Bankruptcy*, Bruselas, 1974), el arrollador desarrollo del mercado informático ha dejado al alcance de los grupos delictivos o de individuos aislados con suficiente calificación, sistemas computarizados de última generación que hace pocos años sólo poseían los gobiernos o contadas corporaciones que funcionaban bajo rígidos controles operativos internos y públicos. Concomitantemente con ello, hay que tener en cuenta que los actuales ordenadores, caracterizados por una notable concentración de información y funciones en los centros de cómputos, son especialmente vulnerables, ya que facilitan e incrementan por esas mismas especificaciones la posibilidad de realizar complejos actos de sabotaje y fraudes, para concretar los cuales alcanza con unas pocas personas suficientemente resueltas, calificadas y dotadas de un medio tecnológico idóneo.

⁴⁰ CLINARD, Marshall, y QUINNEY, Richard, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2ª ed., Holt, Rinehart & Winston, New York, 1973, ps. 56 y siguientes.

me), 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 nuevos⁴¹.

c) *LA ESPECULACIÓN FINANCIERA TRANSNACIONAL*: 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 delinquentes 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 fronteras⁴², mediante la retracción “virtual” de la oferta financiera o el manejo puntual de información privilegiada (teoría de los “favores en el póquer”).

El dato de la realidad de la década pasada puso 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. Más recientemente hemos sido testigo de cómo otros especuladores internacionales movilizaron más de trescientos millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. Es un hecho comprobable que el *dong* vietnamita, el *rigir* de Malasia, el *bath* de Tailandia, la rupia indonesia y el peso filipino fueron en su momento virtualmente sentenciados por

⁴¹ THORWARD, Jürgen, *Crime and Science*, New York, 1966, p. 77.

⁴² SIBARIN, Frank, *Mecanismos macro-económicos y delincuencia financiera*, ponencia al 2º Encuentro de Consejo Consultivo y de Dirección del ICEPS, New York, diciembre de 1994.

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 caso argentino es paradigmático, principalmente durante el período de diciembre de 2001 a marzo de 2003. En ese contexto se deben inscribir las manipulaciones que realizan algunos *brokers* sobre los papeles de deuda pública de nuestra región, hecho reiteradamente denunciado y también suficientemente probado⁴³.

El profesor Bernard HELM ROGERS, ex asesor principal de Auditoría Federal ante la Comisión de Valores de Nueva York, en nota editorial aparecida en el número de julio de 2002 de la prestigiosa publicación "East American Review", ha expresado con clara contundencia: "irrita la pasividad de la comunidad económica internacional y más concretamente la de nuestra Comisión de Valores frente a la 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 eco-

⁴³ Sobre el tema, VALO, Serge, *El abuso del factor especulativo*, "Rev. de Economía Social de México", n° 16, México, septiembre de 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 "Últimas Noticias" (Montevideo), edición del 12/7/02.

nomía 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”⁴⁴.

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

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que el 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 es 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

⁴⁴ HELM ROGERS, Bernard, *Inquietud y reflexión. Tormentas especulativas*, en “East American Review”, vol. VI, nº 12, Washington, julio de 2002.

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 daño potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada “ruleta global” ha pasado a ser regida por 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 *common*, ni hay tampoco acuerdo total respecto de 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. 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.

Ya en diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la tercera Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la Sección de Trabajo N° III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren 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 daño social”⁴⁵. El mismo expositor reconoce que una

⁴⁵ “Anales de la Tercera Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del International Center of Economic Penal Studies”, Secc. III, “Macrodelincuencia económica y riesgos corporativos”, versión magnetofónica, p. 61.

mallla 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 debe resolver en términos de oportunidad y eficiencia del control (público y privado), dentro de un marco de libertad. Precisamente, el fino equilibrio de las variables del control —tanto en el plano nacional como internacional— es también un tema de nuestros tiempos.

d) *LA COMBINACIÓN DE FACTORES DE PODER*: Por consiguiente, resulta imprescindible resaltar la importancia de esta nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional de los medios tecnológicos. Este factor, en muchos casos, puede operar como filtro del sistema en forma independiente del poder económico y al poder político, así como en otras oportunidades se constata su funcionamiento simultáneo o subordinado con alguna de las otras variables de poder, siempre operando como instrumentos de un mismo proceso de selección. A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder (económico, político y especialización profesional), se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional inducidos por el delito organizado, que no son incriminados por las normas penales, y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la comunidad aspira.

§ 82. APARIENCIA DE LEGALIDAD Y REDES ILÍCITAS. — Los macrodelitos económicos del delito organizado se producen en formas 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 estándares de fiabilidad ilícita que otorgan las llamadas “redes ilícitas”. Por otra parte, la propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e in-

tercambios denuncia la coordinación de actividades en el nivel global del actual crimen organizado (la red)⁴⁶.

Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macodelitos 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 estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales. Esto nos lleva a tratar sucintamente un subproducto funcional de la estrategia global: las llamadas “redes ilícitas”⁴⁷.

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 como un gran *holding* de vínculos individualizables.

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de

⁴⁶ Sobre las características generales del fenómeno del delito organizado y su enfoque analítico, ver GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, *Crime organizado...*, ob. cit., ps. 246 y siguientes.

⁴⁷ CERVINI, Raúl, *Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los networks ilícitos*, en “Rev. de Ciencias Penales”, n° 5, 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra-Mave, Corrientes, 2000; *I processi di riciclaggio di denaro e network illeciti. Approssimazione metodologica e sue conseguenze*, en “Prospettive di Diritto Penale”, Ufficio, Milano, vol. II, n° 3, junio de 2001, e *Illicit Networks. Unlawful Professional Practices in Organized Crimes*, en “Law Contents”, Alba Sons, New York, vol. 29, n° 6, November/December 2001, ps. 45 y siguientes.

garantizar un cierto *estándar de fiabilidad ilícita* para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son las mencionadas “redes ilícitas” 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”⁴⁸.

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 red es garantía de la “seriedad” y “profesionalidad” de los participantes.

Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos e incluso ciertas actividades del terrorismo, se encuentran funcional y 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, etcétera.

El uso de las redes ilícitas confiere 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 factores⁴⁹.

⁴⁸ CERVINI, Raúl, *Lavado de dinero*, ponencia al Tercer Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Universidad del Estado de Florida, Miami, 1991.

⁴⁹ Es, por ejemplo, el caso de las “diásporas migratorias” ejemplificadas en los grupos mafiosos sicilianos empeñados a escala 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 redes criminales no representen, en

§ 83. METODOLOGÍA APROPIADA PARA ABORDAR ESTOS FENÓMENOS. — a) *ANÁLISIS CLÍNICO-SINTOMATOLÓGICO DE LA MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA*: Como vemos, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica organizada 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 aun en la práctica, ciertos problemas connaturales a los fenómenos extradelictivos 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 *ius puniendi*, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el empleo 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, a distinto nivel de apreciación y tomando prestados términos de la ciencia médica, a través del análisis clínico-sintomático de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido de que “por sus frutos lo conocerás”. Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo puede ayudar a comprenderlo, principalmente si se

este caso, más que una parte numérica despreciable de individuos entre más de 10 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, la basura y el pescado dentro de ese Estado, canalizando el producto de sus actividades a través de similares vías. Por su parte, las redes 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.

procede con espíritu crítico. De cualquier modo, este nivel de aproximación se ha demostrado incompleto.

Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente y naturalmente complementaria de la anterior. 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 de control.

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un subproducto estructural. Por ello pensamos que estas notas características de la macrodelincuencia se vinculan tanto con las estructuras del quehacer económico como con 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, condicionados a los niveles de eficacia del control, y no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer la mecánica de los primeros.

b) *ANÁLISIS TOMOGRÁFICO DE LOS MECANISMOS ECONÓMICOS:* Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia económica, a nuestro juicio complementaria, 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?⁵⁰. Nosotros agregaríamos: ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? El 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 invo-

⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus, ob. cit., p. 58.

lucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias "macro" a las manifestaciones "micro", a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo con 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 la desviación por comparación. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento, pero sin duda lo son su mayoría. Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, podría sintetizarse el método de trabajo básico 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. Cumplida esa etapa, procede definir, en una segunda instancia, los diferentes nichos, canchas o *layers* por analizar (ejemplo: industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.). Seguidamente (tercera etapa) se define cada "jugador" (empresa) que integra la rama o nicho de la economía, y la cuarta y fundamental instancia consiste en analizar las relaciones de esos mismos "jugadores" entre sí, principalmente las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos.

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.

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 pro-

ducción 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 solo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicativos de otras situaciones más graves (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 lo 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 situadas en otros tantos países. Todo es muy complejo, pero decididamente no imposible⁵¹.

En mayo de 1990 se publicó en los Estados Unidos un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el Estado de Nueva York⁵². Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de tes-

⁵¹ 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, abril de 1993.

⁵² NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, New York-London, 1990.

timonios 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 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.

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 *fronting* 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 "autopréstamo", indicativo de una evasión tributaria o, aún más grave, de una operación de lavado.

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados —dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado— en otros múltiples casos. Así, puede delinearse con extremo rigor a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores y fuera de toda duda, las hipótesis de blanqueo de dinero y en la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso para los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

El mismo recurso metodológico puede resultar sumamente pertinente al 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 críticos⁵³.

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 redes ilícitas, mutabilidad, transnacionalidad, etc., necesitan ser complementadas por un análisis confluyente realizado desde los mecanismos utilizados. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la Triple Frontera (Argentina, Brasil, Paraguay) donde conviven y se mixturán activos originados en el 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 brasileña) y Leticia (capital del departamento colombiano de Amazonas). 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 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 del traficante Fernandino Beira-Mar (preso por el ejército de Colombia en abril de 2001) como el mismo Jorge Briceño, jefe militar de las FARC conocido como “Mono Jojoy”.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes, no obstante que –al menos a corto o mediano plazo y con independencia del uso de la violencia e intimidación– ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes, entre ellas: esconder y

⁵³ BLOVICH, Saúl, y CERVINI, Raúl, *Trazabilidad financiera del terrorismo internacional*, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Doc. ICEPS/JICAB-C 76/03, Nueva York, diciembre de 2003.

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 comparten —a diverso nivel— estructuras de connivencia y corrupción pública.

De acuerdo con lo ya analizado, todos estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esas mismas redes ilícitas trasladan y/o compensan armas y drogas a escala nacional e internacional. En el nivel de cobertura financiera formal esos mismos 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 con la naturaleza de sus fines específicos.

Frente a la evidencia de estas complejas y difícilmente penetrables coberturas formales se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera. Debemos pensar que 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 prevaletientes de los grupos terroristas, sin duda alguna, son otras. Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se suelen mostrar 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 con sugestiva frecuencia soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan las 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 que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una irracional flexibilidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico⁵⁴.

§ 84. SOBRE LA TRASCENDENCIA DEL CRITERIO METODOLÓGICO. — a) *LA COMPLEMENTACIÓN DE METODOLOGÍAS*: Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica a las que hemos llamado “análisis clínico-sintomatológico de la macrocriminalidad económica” y “análisis tomográfico de los mecanismos económicos” 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 precipitadas 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)⁵⁵. El segundo aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa permite superar la particular mutabilidad, apariencia de legalidad absoluta, falta de transparencia, el carácter múltiple, anónimo e incontrolable de las víctimas y la eventual transnacionalización de las actividades involucradas en los casos de ma-

⁵⁴ Ídem, ps. 23 y siguientes.

⁵⁵ Este tema ha sido tratado *in extenso* en un trabajo conjunto con el profesor Luiz Flavio GOMES sobre la ley 9034 de Combate a la Delincuencia Organizada; ver ob. cit. en nota 1.

crodelincuencia económica. Posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelinquencia. Adicionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza un control por excepción y no por estándar, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

b) *NECESIDAD DE UN NUEVO ENFOQUE DOCTRINARIO*: Pero además, y principalmente, la aproximación a la macrodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores permite extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, 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.

Ya en la década de 1980 algunos autores señalaban que la macrocriminalidad económica ponía en evidencia lo obsoleto del derecho penal tradicional, pensado en términos de microcriminalidad⁵⁶. Actualmente, en esa misma línea, autores de indiscutida jerarquía como SILVA SÁNCHEZ, tomando en cuenta las necesidades socio-culturales y políticas de la globalización, han pensado que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse en las sociedades postindustriales a través de un “derecho sustantivo diferenciado”, de “doble” o “triple velocidad”⁵⁷, cuya eficacia, a nuestro juicio, implica o conlleva –inexorablemente– el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos principios dogmáticos que la inspiración y el esfuerzo de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un derecho penal con vocación garantizadora.

⁵⁶ En ese sentido resulta muy ilustrativo el profundo trabajo realizado por SILVA, Juari C., *A macrocriminalidade*, Revista Dos Tribunais, São Paulo 1980, principalmente en su capítulo II, “A obsolescência do mecanismo de repressão ao crime”, ps. 18 y siguientes.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001.

Bajo esta perspectiva, frecuentemente se piensa, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos, entre ellos los atribuidos al crimen organizado, se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipos 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, con similares inconvenientes o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la "conspiración", que ostenta la actual legislación norteamericana⁵⁸.

Se suele afirmar también 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, sobre la base de una presunción o simplemente por hecho ajeno, sosteniendo la existencia de formas de analogía interior al tipo. Finalmente, entre otras sugerencias, se plantea que la observación del mismo fenómeno justifica incluso reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

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 macrodelincuen-

⁵⁸ El delito de *conspiracy* fue introducido en la Sección 1962 (d) de la Normativa RICO vigente como Título IX del *OSCA Act* desde el 15/10/70. En un solo proceso penal se denuncian y sentencian todas las actividades delictivas directa e indirectamente cometidas por una organización criminal y los actos de apoyo de sus consejeros y asistentes. Los requisitos del tipo son: debe tratarse de una organización criminal y debe además estar comprobada la comisión de dos actos ilícitos por miembros de esta organización, el primero de ellos con posterioridad a 1970 y el segundo diez años más tarde que el primero. Este tipo presenta sugestivos puntos de contacto con la figura de "conspirazione politica mediante accordo", incorporada en el art. 304 del Código Penal italiano.

cia 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 *ius puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios —nos recuerda Sergio MOCCIA— 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 emergencia que pone en entredicho la seguridad jurídica⁵⁹.

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 atienen 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”⁶⁰, 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

⁵⁹ MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, ps. 9 y ss.; “Prospettive non emergenziali di controllo dei fatti di criminalità organizzata” en la obra colectiva *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, ps. 133 y ss. Dentro de la misma obra colectiva: STORTONI, Luigi, “Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie”, ps. 119 y ss; MONACO, Lucio, “Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata”, ps. 245 y ss., y CAVALIERE, Antonio, “Effettività e criminalità organizzata”, ps. 291 y siguientes.

⁶⁰ FORTUNA, Ennio, “Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale” en *La mafia oggi. Individuazione del fenomeno e sistemi di lotta*, Cedam, Padova, 1998, ps. 271 y siguientes.

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*.

Bien resalta TIEDEMANN⁶¹ que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, altamente problemática. 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 con 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 concretando 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 pu-

⁶¹ TIEDEMANN, Klaus, *Apresentação critica: Crimes contra a ordem economica*, en ARAÚJO (Jr.), João M., "Dos crimes contra a orde . . .", ob. cit. supra, p. 21.

nibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no tan sólo a posteriori por el aplicador. En tal sentido, la diversidad de tipos penales dentro y fuera del Código Penal no es otra cosa que efecto del principio de legalidad, en el sentido de exigencia de determinación⁶².

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 administrativas⁶³. 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 mismo⁶⁴.

La creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más graves de criminalidad económica deberá promover también una reflexión responsable respecto de la imputación penal en el marco del delito corporativo, principalmente en lo relativo al entrecruzamiento de responsabilidades en los ilícitos transnacionales. Personalmente nos inclinamos a pensar que el tema puede dilucidarse satisfactoriamente empleando, en buena parte de los casos, los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal, la autoría mediata y la omisión impropia⁶⁵, procurando evitar en lo posible el uso indiscriminado de aquellas teorías que en principio

⁶² Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Beck, Munich, 1992, p. 70.

⁶³ REGLAMENTO MODELO SOBRE DELITOS DE LAVADO RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS, art. 14: "Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 10 a 13 del presente Reglamento o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos".

⁶⁴ TAVARES, Juárez, "Los límites dogmáticos de la cooperación penal internacional", en *Curso de cooperación penal internacional*, ob. cit. supra, p. 129.

⁶⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1985, ps. 109 y ss.; y del mismo autor, "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

no se avienen cómodamente con las estipulaciones escritas de nuestra ley, como pueden ser la teoría del dominio del hecho⁶⁶ y el actuar en lugar de otro⁶⁷. No se desconoce el mérito técnico ni la innegable utilidad, a nuestro juicio subsidiaria, de estas elaboraciones. Simplemente instamos al estudio y a la prudencia. Antes de abandonar la aplicación de los principios dogmáticos de portada general, aconsejamos intentar la profundización en el conocimiento de las complejas realidades y mecanismos por reglar. Empeñados en tal sentido, veremos que cuando se logra desentrañarlo efectivamente, aislando el ser del valor negativo relevante, suelen retomar toda su funcionalidad muchos de los recursos de la dogmática clásica.

En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que detrás de esta tesis no hay otra cosa que un derecho administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos. Estrictamente, su concreción implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo, ya que, en los hechos, sólo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que las controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, los medios de comunicación inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia y las personas físicas auténticamente responsables podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades. Por eso se ha dicho que en la realidad de los hechos la responsabilidad de "doble vía" se reduce a una responsabilidad penal de "cajas vacías"⁶⁸. Con una creación semejante, el derecho penal daría prueba cabal

⁶⁶ ROXIN, Claus, "Sobre la autoría y la participación en derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, ob. cit. supra; id., *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, en Rev. "Doctrina Penal", 1985, año VIII, n° 31, p. 399.

⁶⁷ Ver: TIEDEMANN, Klaus, *Punibilidad y responsabilidad administrativa en las personas jurídicas y de sus órganos*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1988, vol. II, p. 36.

⁶⁸ SEVERIN, Louis W., *Recent Developments . . .*, ob. cit., p. 52.

más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de éste. En una sola expresión: el cuerpo y alma del delito. La penalización de la persona jurídica choca frontalmente con la construcción dogmática y jurisprudencial del *disregard of legal entity* que precisamente busca reconciliar la realidad con el derecho, hacer visible en el derecho lo que el juez ya ve en los hechos: una persona física que actúa detrás de una persona jurídica. La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede llevar precisamente a lo contrario, a la exclusiva y antinatural penalización de la cobertura formal de actuación de las personas.

Esta metodología 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 dañinas 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 (elefantiasis 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 como 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 la posibilidad de su reconocimiento. 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.

§ 85. SUGERENCIAS SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTUALES MACRODELITOS ECONÓMICOS ORGANIZADOS. — a) *NECESIDAD DE UNA METODOLOGÍA APROPIADA*: Desde nuestra perspectiva, el tipo del injusto conocido también como incriminador o vinculante es la descripción abstracta y referenciada de un hecho real (acción, omisión, dolosa, culpable o ultraintencional) que la ley prohíbe. Pero por “descripción abstracta” no debe ni puede entenderse un sinónimo de “vaguedad”, indefinición o entorno difuso, sino que debe hacer referencia a la construcción de un modelo cerrado de conducta

activa u omisiva, lo suficientemente concreto y referenciado a la lesión de bienes jurídicos muy específicos (no sistema de funciones) amparados por la Constitución y la ley.

La tipicidad es un atributo de la conducta. Es un predicado de la conducta; por ello es imprescindible el conocimiento adecuado del objeto que se pretende tutelar penalmente. Si éste no se conoce, la adecuación típica será necesariamente difusa e imperfecta y el juicio de tipicidad una farsa sin sentido.

Sólo un injusto típico muy concreto y específico puede funcionar como garantía y fundamento de la ilicitud. En tal camino, el conocimiento del objeto de tutela conducirá necesariamente a delimitar el ámbito del mandato prohibitivo. Por ello también, toda reflexión sobre la tipificación en materia de ilícitos económico-financieros organizados debe pasar, primero de todo, por una reflexión seria sobre la metodología de abordaje y apreciación de los mecanismos involucrados en esos subsistemas.

b) *A MODO DE SÍNTESIS*: Por todo lo expresado, y a modo de síntesis necesariamente provisoria, debemos subrayar lo siguiente:

1) Diversos filtros estructurales de tipo económico y social a escala nacional e internacional y otros de carácter operativo otorgan la escenografía apropiada para dificultar la individualización, prevención y represión de las variadas formas de extradelinquencia económica organizada. Estas trabas alcanzan tanto a las autoridades como al conjunto de operadores profesionales y financieros que intentan cumplir con las cargas de debida diligencia⁶⁹.

2) El conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de los propios mecanismos económicos involucrados

⁶⁹ Diversas disposiciones autorregulatorias que vinculan a las instituciones financieras a escala global, entre ellas la Convención de Basilea y sus Addendas, así como buena parte de las legislaciones nacionales y tratados de tipo bilateral o multilateral, imponen a las entidades un triple control: adecuado conocimiento del cliente, seguimiento operativo de sus actividades y el debido resguardo de la documentación concerniente a sus transacciones. Las dificultades implícitas a estas cargas de vigilancia se ven incrementadas sustancialmente por acción de estas redes de apoyo especializadas.

resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio o en su contexto sistémico. Ello requiere una metodología especial apropiada al objeto de análisis.

3) Una vez desentrañada la estructura funcional y operativa de los mecanismos económicos y financieros vulnerables, resultará viable intentar una estrategia de su control punitivo, el que debe y en la mayoría de los casos puede realizarse, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador propio del Estado democrático de derecho. Corresponde rescatar en este momento, los premonitorios conceptos vertidos por MUÑOZ CONDE en su comunicación a las Jornadas en honor al profesor Tiedemann realizadas en 1995. Expresaba entonces el catedrático de Sevilla: "Mi conclusión fundamental es que el derecho penal económico es, sin duda, una parte importante del moderno derecho penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del derecho penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena dogmática orientada político-criminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos"⁷⁰.

4) En resumen: el acento de la indagatoria y de la represión no debe buscarse en el resultado sino en el proceso operativo mismo, por cuanto es en el transcurso de la actividad donde se realiza la conducta y el principio de culpabilidad que debe presidirla. Un derecho penal que aspire mantenerse idéntico a sí mismo en su tradición de derecho penal liberal no debería abstenerse de ingresar a ese proceso en razón o pretexto de su complejidad, por cuanto es a través de desbrozar esa complejidad que al mismo tiempo se encontrará a sí mismo. La penalización por el resultado, por más que simple, elude

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, "Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 267.

o soslaya, en definitiva, el quid de la conducta y de la culpabilidad, transformándose en una instancia meramente simbólica⁷¹ y perversa en la cual eficiencia y garantías se exhiben falazmente como necesariamente antinómicas.

⁷¹ LO MONTE, Elio, *Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma*, "Rivista Diritto Penale dell'Economia", año XI, n^{os}. 2-3, setiembre 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- , *Diritto penale europeo*, Nicola Bartone (dir.), Cedam, Padova, 2001.
- , *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, obra coordinada en la edición española por Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- , *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Valencia, 2000.
- , *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- , *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.
- ADRIASOLA, Gabriel, *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito*, Ingranusi, Montevideo, 2001.
- , *La financiación del terrorismo y lavado de dinero*, Álvarez, Montevideo, 2004.
- AGUILAR-GÓMEZ, Aníbal, *El impacto desestructurador del capital paralelo sobre la economía campesina*, Procampo, La Paz, 1987.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ad-Hoc, Buenos Aires, Año V, Número 9 A; también publicado por Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.
- , *El nuevo derecho penal internacional*, ARA, Lima, 2004.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- AROCENA, Gustavo, *Interpretación gramatical de la ley penal*, Advocatus, Córdoba, 2003.
- ARAÚJO (Jr.), João M. de, *La extradición*, curso de cooperación judicial, Montevideo, 1994.
- , SEVERIN, Louis W.; CERVINI, Raúl; TAVARES, Juárez, y otros, *Curso de cooperación penal internacional*, publicación conjunta de la Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e

- International Center of Economic Penal Studies, Secretaría Latinoamericana, Álvarez, Montevideo, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique, "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970.
- , *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1985.
- , *Derecho penal*, "Parte general", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BACRIE, Stephanie, *Informe nacional sobre la delincuencia organizada. Las operaciones económico-financieras*, ponencia al cónclave "Aspectos económicos del delito organizado en el ámbito de la Comunidad Europea", organizado por la Secretaría Ejecutiva del COD y la Secretaría General del ICEPS Europa, Estrasburgo, mayo 2003, VM Doc. C43 ICEPS, Estrasburgo, mayo de 2003.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Hacia un derecho penal económico europeo", en *Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 a 17 de octubre de 1992; Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- BARTONE, Nicola, "Condotte illecite transnazionali e la normativa penale comparata", en la obra colectiva a su cargo, *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001.
- , *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003.
- BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- BLOVICH, Saúl, y CERVINI, Raúl, *Trazabilidad financiera del terrorismo internacional*, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03, Nueva York, diciembre de 2003.
- BOTTKE, Wilfried, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero*, en "Revista Penal", Barcelona, julio 1998.
- BUJAN, Javier, *Elementos de criminología en la realidad social*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- CAAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de derecho penal*, Fernández, Montevideo, 1967.
- CAFFERATA NORES, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1994.
- CALVI, Alessandro, y VON LISZT, Franz, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.
- CAMPIONE, Roger, "El que algo quiere algo le cuesta. Notas sobre la Kollateralschädengesellschaft", en AA. VV., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

- CAMPODÓNICO, Humberto, "El impacto económico. La política del avestruz", en *Coca, cocaína y narcotráfico. Laberinto en los Andes*, Comisión Andina de Juristas, García-Sayán, Lima, 1989.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, Rev. "Jueces para la Democracia", nº 44, julio de 2002.
- , y JAKOBS, Günther, *¿Derecho penal del enemigo?*, Civitas, Madrid, 2003.
- CASTALDO, Andrea, "Corruzione privata e tutela penale del sistema economico in Europa", en AA. VV., *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001.
- CASTRO, Juan J., y GÓMEZ, Walter, "Crisis económica y perspectivas de la democracia", en *Democracia a la deriva: Dilemas de la participación y concertación social en Bolivia*, PNUD, CLASCOS, CERES, La Paz, 1987.
- CERVINI, Raúl, *Análisis criminológico del fenómeno del delito organizado*, en Rev. "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, nº 40, octubre-diciembre 1987.
- , "La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización", en *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994.
- , *Lei de lavagem de capitais*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- , *Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los networks ilícitos*, en "Rev. de Ciencias Penales", nº 5, Fundación Cuadernos de la Cátedra-Mave, Corrientes, mayo de 2000.
- , *Organized crime. A Latin American Perspective*, en "Federal Lawyer's Magazine", nº 31, Jacksonville, Florida, June 1993.
- CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juárez, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- CLIFFORD, William, "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66th Annual Meeting de la American Society of International Law*, "American Journal of International Law", Lancaster (Pa), vol. 66, nº 4, 1972-1973.
- CLINARD, Marshall, y QUINNEY, Richard, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2ª ed., Holt, Rinehart y Winston, New York, 1973.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal", en la obra colectiva dirigida por Santiago Mir Puig, *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- DAHL, Robert A., *Who Governs? Democracy and Power in American City*, New Haven, London, 1961.

- DIEZ RIPOLLES, José L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.
- DONINI, Massimo, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, Cedam, Padova, 2003.
- , *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", Giuffrè, Milano, Anno XLIV, 2001.
- FIANDACA, Giovanni, "Il bene iuridico come problema teorico e come criterio de política criminal", en *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- , *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997.
- GOMES, Luiz F., y CERVINI, Raúl, *Crime organizado*, Editora dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, Zaragoza, 1985.
- GRASSO, Giovanni, "Prospettive di un diritto penale europeo", en AA. VV., *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001.
- GROSSO, Carlo F., "Le fattispecie associative: problemi dommatici e di política criminal", en AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- HANNER, Milton W., *Notes of the Committee on the Judiciary. Senate Report: Drug Evidence*, Mervir Thomas Editors, St. Paul (Minnesota), June 1995.
- HASSEMER, Winfried, "La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en AA. VV., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, obra coordinada en la edición española por Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R., "Comentario al artículo 571 del Código Penal español", en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. III, 1997.
- HERNET MAYARIN, Louis, *La economía sumergida*, en Rev. Social "Debates", nº 17, Bogotá, 1996.
- INSOLERA, Gaetano, "I delitti contro l'ordine pubblico", en *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, 2ª ed., Monduzzi, Bologna, 2000.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- , *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- , *El ocaso del dominio del hecho*, Rev. "Temas Penales", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- , "La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos del presente", en la obra colectiva coordinada por Muñoz Conde, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

- , “La criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- , *La imputación objetiva*, Universidad Externado, Bogotá, 1996.
- , *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Comares, Granada, 1993.
- KELSEN, Hans, *La teoría de las normas*, Trillas, México, 1994.
- , *La teoría pura del derecho*, 1ª ed., traducción castellana de Eudeba, Buenos Aires.
- LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- LO MONTE, Elio, *Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma*, Riv. “Diritto Penale dell’Economia”, anno XI, No 2-3, settembre 1998.
- MAHIQUES, Carlos A., *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Di Plácido, Buenos Aires, 2002.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MANACORDA, Stefano, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Jovene, Napoli, 1999.
- MARINUCCI, Giorgio, y DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1999.
- MARTEAU, Juan F., *Las palabras del orden*, Del Puerto, Buenos Aires.
- MCINTOSH, Mary, *La organización del crimen*, serie “Nueva Criminología”, 3ª ed., Siglo XXI, México, 1977.
- MELZER, Yoland, *Organized crime*, Leanell Report, MIF Editors, New York, 2002.
- MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en *Política criminal y nuevo derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- , “La involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del *Corpus Iuris*”, en AA. VV., *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001.
- , *La perenne emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.
- , *La promessa non mantenuta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- , “Prospettive non ‘emergenziale’ di controllo dei fatti di criminalità organizzata”, en *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- MONACO, Lucio, “Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata”, en AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El funcionalismo penal*, Universidad Externado, Bogotá, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

- , *Derecho penal*. “Parte especial”, 15ª ed., Valencia, 2004.
- , *Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizado en organizaciones no desvinculadas del derecho?*, en “Revista Penal”, nº 6, Barcelona, julio de 2000.
- NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Valencia, 2000.
- NEGRAL, Paul J., *Economic Crime and Power Crime*, Texas University Press, Austin, 2000.
- NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- PADOVANI, Tulio, y STORTONI, Luigi, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?”, en AA.VV., *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RISSI, Eduardo M., *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, Jasil, México, 1991.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan M., *El derecho penal en la actividad económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- ROVITO, Pier L., “Mentalità emergenziale e crimine organizzato: Profili storici”, en AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura de Sergio Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- , *Derecho penal*, “Parte general”, Civitas, Madrid, 1997, t. I.
- , *Problemas actuales del derecho penal*, ARA, Lima, 2004.
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1992.
- , *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*, en Rev. “Doctrina Penal”, año VIII, nº 31, 1985.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, *El mandamiento europeo de detención, ED*, “Suplemento Penal”, agosto de 2002.
- SEVERIN, Louis W., *Economic Organized Crime and the Protection of Public Administration*, HBF, New York, 1996.
- , *Recent Developments in Relation to Economic Crimes*, 3ª ed., Ladelt, Austin, 1996, p. 42.
- SGUBBI, Filippo, *El delito como riesgo social*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- SILVA, Juari C., *A macrocriminalidade*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1980.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- , *El actuar en lugar de otro en el Código Penal español*, Instituto Peruano de Ciencias Criminales, Lima, 2000.
- , *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- , *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- , *Política criminal y nuevo derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997.
- , *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- TAVARES, Juárez, “Los límites dogmáticos de la cooperación penal internacional” en *Curso de cooperación penal internacional*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- , *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985.
- , *Punibilidad y responsabilidad administrativa en las personas jurídicas y de sus órganos*, en “Rev. Jurídica de Buenos Aires”, vol. II, 1988.
- TRAVERS, Maurice, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, en “Recueil des Cours de L’Académie de Droit International”, Hachette, Paris, t. 4, 1925.
- TROUSSE, Paul-E., *Quelques aspects de la collaboration des États dans l’administration de la justice répressive*, en “Revue Belge de Droit International”, Bruxelles, t. 1968-1.
- VALO, Serge, *El abuso del factor especulativo*, “Revista de Economía Social de México”, nº 16, México, setiembre de 2002.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine, *Las transformaciones en el derecho penal internacional*, “International Review of Penal Law”, 1999.
- VASILJEVIC, Vladan A., *Préalable a de meilleures prévention et represión du crime organisé*, en “Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique”, Organe Officiel de L’Association Internationale des Criminologues de Langue Française (AICLF), volume XLV, nº 4, Geneve, Editions Marcel Meichtry, octubre-diciembre 1992.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1986.
- VIGNA, Piero L., “Le nuove frontiere”, en AA. VV., *Diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 2001.
- VON LISZT, Franz, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlin, 1905).
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
- YACOBUCCI, Guillermo, “Algunas cuestiones respecto de la interpretación de la ley penal”, en AA. VV., *Interpretación de la ley*, E. Zuleta Puceiro (coord.), Buenos Aires, La Ley, 2003.
- , *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.

- , “La importancia de los principios jurídicos en los sistemas penales contemporáneos”, en *Sistemas penales iberoamericanos*, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, ARA, Lima, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Crime organizado: uma categorização frustrada*, en Rev. “Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade”, Instituto Carioca de Criminología, Rio de Janeiro, año 1, nº 1996.
- , SLOKAR, Alejandro, y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000.