

Inconsistencias normativas y operativas de la lucha contra el lavado de activos del delito organizado y financiamiento del terrorismo

~Prof. Dr. Raúl Cervini~

Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad Católica de Montevideo, Uruguay.
Socio FICP¹

I. Premisa

Solamente tras una revisión metodológica integral, que permita un conocimiento adecuado del hecho u operativa económica considerada como crítica se podrá abordar con éxito su tipificación penal, será viable su aprehensión, interpretación y la aplicación de las normas establecidas. Uno de los ámbitos donde esta realidad resulta más evidente es el del lavado de activos.

II. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica

1. *Metodología Convencional* Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse —tomando prestados términos de la ciencia médica— a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido de que *por sus frutos lo conocerás*. Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

2. *Más recientemente desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente*. Se expresa 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 (*tomographic approach*) para detectar a partir de ellos los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.

¹ Catedrático Emérito, y Primera Cátedra de Derecho Penal de UCUDAL; Distinguished Service Professor multi; Master en Criminalidad Económica Contemporánea del Levin College of Law, University of Florida; PHd Dottorato di Ricerca (Salerno); Secretario General para América Latina y 2do Vice-Presidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies NY).

III. Análisis clínico-sintomatológico de la macrodelincuencia económica

1. *Planteo*. Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macrodelincuencia económica. Estudiaremos en este momento *sus síntomas exteriores*, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone una perspectiva de análisis estructural. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

2. *Variables de impunidad: Transaccionalización, Abuso de la posición dominante* (poder político, económico y la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos), *Apariencia de legalidad y networks ilícitos, La sobredimensión del daño*. (análisis de la “amenaza”), *Mutabilidad, Carácter difuso de la víctima, Impunidad*.

IV. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos

1. *Concepto*. Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia económica, a nuestro juicio complementario, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. La interrogante central está en ¿cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva? ¿Cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y las características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Este se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar el modelo de desviación por comparación. Esta metodología tiene raíz empírica y su clave radica en la naturaleza de los supuestos y en el vínculo entre los términos teóricos y la observación. Los datos de la observación de cada segmento o sector involucrado y la cuidada comparación entre ellos se canalizan a través de un *lenguaje de vinculación* que

otorga un justificado nivel de comprensión de los mecanismos. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento, pero sin duda lo son su mayoría.

2. Procedimiento esquemático.²

3. Otros supuestos teóricos del modelo.

V. Sobre la trascendencia del criterio metodológico

1. Trascendencia en la técnica de tipificación. 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 se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga estrictamente la estructura funcional que se pretende reprimir; se afirma el principio de legalidad, se restringen las fórmulas omisivas, se evita el progresivo debilitamiento del principio de culpabilidad; permite la necesaria concreción o clara reconocibilidad del bien jurídico

2. 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 estas pueden ser normalmente superadas

² El método de trabajo básico que permite conformar el módulo de análisis podría sintetizarse de la siguiente manera:

- *El primer paso* sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los nichos o sectores de la actividad económica del país analizado.
- *El segundo paso*, definir con mucha precisión, el nicho, cancha o *layer* a analizar (por ejemplo: sector específico de la actividad de intermediación financiera, industria de la vestimenta, mercado de cambios, etcétera).
- *El tercer paso*, definir a modo general, cada *jugador* (empresa) que integra la rama o nicho de la economía: sus objetivos directos e indirectos, su racionalidad, etcétera.
- *El cuarto paso*, analizar las relaciones de esos mismos *jugadores*, tomando en cuenta sus variables estándar y la racionalidad de comportamiento; por ejemplo: las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y adónde van los productos
- *El quinto paso*, analizar los recursos materiales y humanos, objetivos planteados, modalidad operativa, perfil de la potencial demanda, etcétera, de la empresa concreta analizada.
- *El sexto paso*, analizar la trama de relaciones en lo interno de la referida empresa, entre otras variables: pirámide de jerarquías, roles operativos asignados, grados de subordinación técnicamente controlada, modalidades de dependencia técnica invertida, niveles de supervisión, auditoría interna y externa, etcétera. Ello permitirá una indicación preliminar de responsabilidad en el hacer operativo, focos de riesgo y posible desviación vinculada a ellos, vacíos normativos, insuficiencia o defecto en la legislación, políticas preventivas instauradas y a instaurarse por los agentes públicos y privados (principalmente atendiendo al desplazamiento de las cargas de vigilancia), etcétera.

mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica organizada, *esta tarea deberá y podrá intentarse —en la mayor parte de los casos— sin violar esos principios básicos del derecho penal*. Para ello es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa

3. La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de macro delincuencia 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 suele dejarse 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.

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 gerundio de la actividad donde se realiza la conducta y el principio de culpabilidad que debe presidirla. Un derecho penal que aspire a 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 o soslaya en definitiva el *quid* de la conducta y de la culpabilidad, transformándose en una instancia meramente simbólica y perversa en la cual eficiencia y garantías se exhiben de modo falaz como necesariamente antinómicas.