

## DELITOS DE CUELLO BLANCO

*“Al introducir el crimen en el análisis del orden social, no desde el punto de vista de la agresión, sino desde el de su creación y reproducción, el concepto del crimen organizado como el delito de cuello blanco o el de corrupción, tiene la virtud de disolver las barreras que siempre separaron el crimen de la política y revela la esencial ambigüedad del discurso de la criminología en general”.*

NADA PERSONAL – Ensayos sobre Crimen Organizado y Sistema de Justicia  
Virgolini/Slokar, 2001 – Ed. Depalma.

### Principios de criminología

El verdadero factor de crisis del constructo teórico consolidado en este tipo de delitos se debe, especialmente, a su irrupción en la esfera del Derecho penal y a que, las alternadas tendencias de la política criminal no se encontraban preparadas para enfrentar las exigencias que presentaban las continuas transformaciones de las tipologías criminales. Un ejemplo emblemático derivó en la actual discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos de naturaleza penal, pero especialmente, por las diversas realidades y postulados teóricos que aparecieron en materia de criminalidad organizada que superaban la capacidad de reacción del Estado, debido al constante proceso expansivo de este tipo de delincuencia.

La novedad en las etiquetas que rotulaban la llamada ‘criminalidad de los poderosos’ requería un mecanismo de transformación del Derecho penal partiendo de una corresponsabilidad social en la génesis de los delitos a fin de lograr una verdadera utilidad del mismo, y al tiempo, asegurar sus finalidades en una sociedad que aparecía escindida. En este ámbito se presentaba justificado una intervención penal más amplia diferenciando el discurso para procurar reformas en las reglas de imputación sin tener demasiado en cuenta las garantías tradicionales del Estado de Derecho. En el acontecer de la época ello influyó obviamente en la limitada capacidad del Derecho penal, dicho de otro modo, este modelo se caracterizó por una tendencia jurídica que a fin de mostrarse renovada no opuso obstáculos al uso alternativo - utilitaria- de la presión punitiva.

En cuanto a la teorización del fenómeno, Edwin H. Sutherland<sup>1</sup> concentró sus esfuerzos para encontrar una explicación de la criminalidad de las clases superiores denominado "Delito de cuello blanco" y así modificar la noción de que la delincuencia era sólo particular de la clase baja. Si bien se atribuye a este autor el mérito de profundizar en los aspectos criminológicos, no podemos decir que provocó importantes innovaciones en cuanto al campo de estudio, es decir, relacionar a las clases superiores con la actividad delictiva.

Uno de sus antecesores, Norval Morris<sup>2</sup>, focalizó sus investigaciones en quienes; a causa de su posición social, inteligencia y técnica para el crimen; estaban en condiciones de desplazarse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena. A este grupo lo denominó "*Críminals of de uppenworld*".

En su libro "El Futuro de Las Prisiones: Estudios sobre crimen y Justicia", plantea que la prisión es en la práctica, el poder último que el Estado democrático ejerce sobre un ciudadano, aunque carezcamos de una jurisprudencia sobre la pena de prisión. Este libro propone principios por los cuales resulta factible conservar lo que existe de valioso en el ideal de rehabilitación de las cárceles, eliminando a la vez los actuales efectos corruptores de los programas compulsivos de rehabilitación. En el mismo revela un nuevo modelo de pena de prisión que resuelva el ejercicio legítimo del poder de la sociedad sobre el delincuente convicto y proteja principios fundamentales de justicia.

En todo caso, la influencia más destacada fue de Thorstein Veblen<sup>3</sup>, quien desarrolló "la teoría de la clase ociosa" en la que se establecía una relación profunda entre el prototipo de capitalista - hombre adinerado- y el delincuente ideal toda vez que ambos se valían de métodos eficaces, pero no legítimos, para obtener el resultado esperado. Se diferenciaban en que el primero de ellos se exponía menos porque se mantenía más alejado del conflicto legal. Este autor se caracterizó por exteriorizar un discurso anticapitalista centrado en la cuestión social.

---

<sup>1</sup> Edwin H. Sutherland (1883-1950) fue un sociólogo estadounidense. Está considerado como uno de los criminólogos más influyentes del siglo XX. Fue un sociólogo de la escuela interaccionista simbólico de pensamiento y es muy conocido por la definición de asociación diferencial, que es una teoría general del delito y la delincuencia que explica cómo desviados llegan a aprender las motivaciones y los conocimientos técnicos o desviados para actividades delictivas. Presidió la American Sociological Association en 1939.

<sup>2</sup> Norval Morris, David J. Rothman, "The Oxford History of the Prison": The Practice of Punishment in Western Society, New York, Oxford University Press, 1995.

<sup>3</sup> Thorstein Veblen (1859/1930), según este autor: "El mal de la clase ociosa nunca se va a acabar, la nocividad de esta clase hacia el esclavo o clase baja". Sociólogo y economista estadounidense fue fundador, junto con John R. Commons, de la escuela institucionalista (norte) americana y, más generalmente, de la corriente institucionalista en las ciencias sociales. Su fama se debe a libros como "La teoría de la clase ociosa" y "La teoría de la empresa económica", en los que critica de forma apasionada la evolución de la sociedad y la economía de su país.

Según este autor, el origen de la clase ociosa se da en la etapa que denominaran Taylor/Morgan, como de 'Salvajismo' y esta se da cuando la naturaleza en la que se desenvuelve el hombre en sus inicios, nacen a su vez el comunismo o comunidad que tienen como significado la ayuda mutua entre personas, así también, actividades como la caza, pesca, recolección, etc.. En esta etapa, de Salvajismo, comienzan a surgir los privilegiados por diversas razones tales como los: Gobernantes, Guerreros, Artistas, Deportistas, *Shaman* pot brujos ó hechiceros e Inventores. Argumenta que en esta etapa se conforma el germen de la clase ociosa, esto porque en dicha clase se dio que al realizar una hazaña cada una de las personas antes mencionadas, se ganan respeto y privilegios, aún y cuando, la obras realizadas para conseguir dicho respeto y privilegios hayan sido patrañas; esto trae como consecuencia que se haga todo lo que pidan y se trabaje para ellos.

Como se ha indicado, otros estudiosos hicieron su aporte original al tema en estudio, entre los que contamos a Wright Mills<sup>4</sup> quien utilizó el término y título para denominar a la clase media, así también, Pietro Paradiso entre otros. Hay que reconocer que estos trabajos no profundizaron sobre la cuestión de la criminalidad de la época.

En este marco teórico, se entiende por "delito de cuello blanco" a aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional. El concepto fue ideado y presentado por Sutherland en la reunión anual organizada por la *American Sociological Society* que tuvo lugar en Filadelfia en diciembre de 1939.

Ciertamente, esta línea argumental causó en su tiempo un impacto revolucionario pues permitió vislumbrar claramente las falencias o contradicciones intrínsecas del sistema penal. Por otra parte, obligó a afrontar ciertos problemas de fondo en la Criminología como lo es la real distribución de la conducta desviada entre las distintas capas sociales y la consecuente ruptura con la ficción que consideraba al delito como patrimonio exclusivo de las "*lower class*", el convencimiento acerca de la existencia de una "cifra negra" de la delincuencia y que la ley penal se aplicaba diferenciada y selectivamente. En la parte final del artículo veremos que esta incidencia no era privativa del momento.

El contexto en el que se desarrolló este pensamiento fue especialmente propicio para que su estudio captara la atención social. Reseñamos que en ese momento Esta-

---

<sup>4</sup> Charles Wright Mills (1916), fue un sociólogo estadounidense, fundamentalmente, es recordado por su libro (1959) "La imaginación sociológica" en donde expone una mirada de la relación entre biografía e historia, teoría y método, en el conocimiento sociológico. También es reconocido por haber estudiado la estructura de poder en los Estados Unidos en su libro titulado "La élite del poder".

dos Unidos se caracterizaba por afrontar un clima social de urbanización. Las primeras décadas del siglo produjeron en los habitantes fuertes sentimientos de desorganización social producto de la creciente concentración industrial, todo ello trajo aparejado importantes manifestaciones en el campo delictivo destacándose, entre ellas, la corrupción administrativa, la prostitución, los negocios ilegales de la época de la ley seca, entre otros.

No resultó causal, entonces, que criminólogos destacados se dedicaran al estudio del "crimen organizado". La Escuela de Chicago<sup>5</sup>, de donde surge Sutherland, se caracterizó porque seleccionó como objeto de estudio a las ciudades.

### **Concepto del término**

Este concepto fue ideado y presentado por Sutherland en la reunión anual organizada por la *American Sociological Society* que tuvo lugar en Filadelfia en diciembre de 1939. Se entiende por "delito de cuello blanco" a aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional.

La naturaleza del estudio de este advenimiento causó en su tiempo un impacto revolucionario pues permitió vislumbrar claramente las falencias o contradicciones intrínsecas del sistema penal. Obligó a afrontar ciertos problemas de fondo de la Criminología como lo es la distribución de la conducta desviada entre las distintas capas sociales y la consecuente ruptura con la ficción que consideraba al delito como patrimonio exclusivo de las *lower class* o clases bajas, el convencimiento acerca de la existencia de una "cifra negra" de la delincuencia y de que la ley penal se aplicaba diferenciada y selectivamente.

El contexto en el que se desarrolló fue especialmente propicio para que su estudio captara la atención social. Estados Unidos se caracterizaba por un clima social de urbanización. Las primeras décadas del siglo produjeron en los habitantes fuertes sentimientos de desorganización social producto de la creciente concentración industrial. Todo ello trajo aparejado importantes manifestaciones en el campo delictivo, destacándose entre ellas, la corrupción administrativa, la prostitución, los negocios ilegales de la época de la ley seca.

---

<sup>5</sup> En sociología y, posteriormente en criminología, la Escuela Sociológica de Chicago se dedicó en sus principales trabajos, años 1920 y 1930, sobre la sociología urbana y la investigación del ambiente urbano combinando la teoría y el estudio de campo etnográfico en esta ciudad. Aunque acopiaba el trabajo de académicos de distintas universidades, el término se usa frecuentemente para referirse al departamento de sociología de la Universidad de Chicago, uno de los más antiguos y prestigiosos al que está asignada la revista *American Journal of Sociology*, publicada desde 1895. Los principales investigadores en esta escuela incluyeron a Ernest Burgess, Ruth Shonle Cavan, Edward Franklin Frazier, Everett Hughes, Roderick D. McKenzie, George Herbert Mead, Robert Ezra Park, Walter C. Reckless, Edwin Sutherland, W. I. Thomas, Frederick M. Thrasher, Louis Wirth, Florian Znaniecki y Herbet Blumer, entre otros.

No resulta causal entonces, que criminólogos destacados se dedicaran al estudio del ‘crimen organizado’, entre ellos, de la Escuela de Chicago de donde surgiera Sutherland. Esta se caracterizó porque seleccionó como objeto de estudio las pandillas adolescentes y las subculturas que tenían en jaque a las ciudades.

### **Características**

Si bien la definición en sí misma asigna características específicas, otros autores la complementaron, de este modo consideran que la delincuencia de cuello blanco se distingue del resto por:

La lesión de la confianza en el tráfico mercantil.

El uso de la credulidad o ignorancia de la víctima, una especial astucia (apariencia legal del hecho) o afección de vastos sectores de la población, e incluso a países enteros. Todo lo dicho torna prácticamente imposible la identificación del autor.

La circunstancia de que la sociedad tenga conciencia de la ilicitud del hecho pero no de su trascendencia criminal.

La imagen de honorabilidad del autor, debido a su posición política, social y económica. Su respetabilidad obligó a establecer una relación cercana entre poder económico y poder político.

La escasa visibilidad del delito.

La volatilización de la cantidad de víctimas.

Las estructuras anónimas de comunicación.

El no aparecer en las estadísticas criminales a pesar del alto costo social causado; sea por la imposibilidad de desenmascararlos, o por los obstáculos para perseguirlas por vía de la administración de la justicia penal.

### **Críticas terminológicas**

Debemos aclarar por otra parte que los estudiosos de la criminalidad económica, marco en el que se desarrollan estas conductas, no mantenían un criterio unívoco de denominación. Así encontramos que se utilizaban indistintamente términos como “delitos económicos”, “delitos financieros”, “delitos profesionales”, “delitos ocupacionales” “*respectable crime o el crimen de los poderosos*”, entre otros. Se advierte igualmente que si bien algunos autores realizan disquisiciones entre los términos antes sugeridos, en general los textos los

utilizan equívocamente dejando un amplio margen de discrecionalidad para determinar las conductas a las que se refiere.

Una de las críticas más significativas está dada porque su regulación y tipificación es controlada de modo distinto y más ambivalente que la del crimen común. Se considera que la indefinición puede tener que ver con un proceso de transición y cambio social en el que el público no está listo para una criminalización más directa de estas conductas.

Dentro de este paradigma, autores como David Nelken se ocupan de refutar el concepto destacando que el autor no discierne entre delitos cometidos por una organización o compañía de los que se cometen a expensas de ella. Considera que no tiene una lógica interna debido a que superpone: delitos cometidos por personas de alta jerarquía, delitos cometidos por empresas y delitos en contra de las empresas. Entiende que concepto mezcla definición y explicación, supuesto que imposibilitaría la investigación de la correlación empírica de posición y criminalidad.

Éste también realiza objeciones que considera sustantivas. Por un lado critica a Sutherland porque da por supuesto que los delitos cometidos por transgresores de alta posición están dirigidos a los pobres, igual a la inversa, y al tiempo sostiene que la relación entre crimen y empresa no se circunscribe a quienes tienen posiciones ejecutivas ya que hubo un aumento considerable de la población empleada en puestos de cuello blanco.

### **Sutherland y el delito de cuello blanco**

En su libro presentado en 1939 abarca y desarrolla varios grupos temáticos, entre ellos:

El problema del delito de cuello blanco, señala, no debe acotarse el campo de estudio a los hechos relacionados con la pobreza y sus patologías relacionadas, debido a que de este modo se deja afuera un conglomerado de conflictos relevantes. Considera que uno de los principales inconvenientes con los que se encuentra quien intente estudiar este tipo de delitos está dado porque las explicaciones comunes resultan inválidas debido a que las estadísticas están viciadas. La 'cifra negra' de la delincuencia y su problemática se entiende fundamentalmente en estos supuestos.

Por otra parte, los sujetos activos de estos delitos son personas de clase socio-económica alta, con poder económico y político e influencias en los órganos encargados de la administración de justicia. Esto las torna menos vulnerables ya sea porque escapan a la detención o a la condena, o bien, porque pueden contratar abogados más hábiles para su defen-

sa. Asimismo, los operadores jurídicos se muestran muy parciales a la hora de encargarse de este tipo de conductas. Consagran beneficios a su favor como que no son arrestadas por la policía, generalmente no son sometidas a tribunales penales y no van a la cárcel.

Se advierte que los ámbitos en los que se cometen son bastante diversos, puede darse en la política, en la medicina, en la industria, también en el comercio. Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, se observa que los costos financieros para combatirlos son mucho más caros que los de otras conductas delictivas.

### **El informe estadístico**

Sutherland computó y estudió las decisiones de distintos tribunales y de las comisiones administrativas de unas 70 de las 200 mayores corporaciones, se incluían productoras, mineras y comerciales. Advirtió diversos tipos de violaciones legales, entre las que se destacaban, restricciones al comercio, falsa representación publicitaria, infracciones de patentes, de marcas de fábrica, derechos de autor, prácticas laborales injustas, fraudes financieros y violaciones a la confianza.

De modo más preciso, entendió que las causas de la distorsión de las estadísticas podía estar dada porque muchas de las decisiones no fueron publicadas en las series de informes federales y estatales ya que muchas demandas estaban ‘arregladas’ por fuera del tribunal. La administración de drogas y alimentos no publicó en sus informes los nombres de los responsables y muchas de las empresas subsidiarias no aparecían en éstos. Debemos aclarar que utilizó para su estudio las decisiones tomadas por tribunales administrativos determinando que el 16% de las empresas había actuado ilegalmente.

Si bien uno de los principales inconvenientes con los que se tropieza quien intente estudiar este tipo de delito está dado porque las estadísticas están viciadas, ya que no consta una relación entre la cantidad de ilícitos cometidos y las condenas aplicadas a sus autores, su apariencia de honradez hace que puedan camuflarse perfectamente en la sociedad, ya que normalmente cuentan con una actividad que les permite desenvolverse en un ámbito profesional o comercial de cierto prestigio.

### **Es un delito el delito el de cuello blanco**

En lo esencial, enmarcó a los delitos comunes y a los de cuello blanco en un único concepto de delito, apuntando como característica fundamental que se trata de una conducta prohibida por el Estado contra la que éste reacciona por medio del castigo, al menos

como último recurso. El estado prevé tanto el hecho como la sanción. Por esta razón considera que los actos cometidos por este tipo de causantes son realmente delitos, pero que, por la implementación de procedimientos especiales se elimina o minimiza el estigma delictivo. A título puramente ejemplificativo, que existen factores de aplicación diferencial.

Los juicios a hombres de negocios combinan miedo y admiración, homogeneidad cultural con legisladores, jueces y funcionarios. Se tiende a no usar métodos penales tales como Probation, trabajo de casos, política educativa en las prisiones, etc.

Explicando una relación dialéctica de los sentimientos, diremos que está relativamente alterado. La reacción del público hacia esta clase de delitos es difusa ya que no demuestra emociones morales, esencialmente antagónicas. En realidad genera en la sociedad un sentimiento relativamente aceptado, minimizando el estigma delictivo.

### **Su justificación criminológica**

Lo anterior permite intuir que el concepto ideado por Sutherland supone un apartamiento radical de la criminología positivista implantada en Europa, que si bien se inscribe entre las teorías predominantes de su tiempo, no implica la ruptura con el modelo etiológico, es decir, el que está inspirado en las causas del delito en una ambición correccionalista, según la cual, eliminadas o reducidas las causas se reduciría el fenómeno criminal. Así ha tendido a convertirse en excepcional el que una conducta, no estimándose contraria al derecho, se reproche socialmente como inmoral.

Son distintas las teorías que trataron de explicar este tipo de criminalidad. Advertimos que se ha tomado una selección de las teorías que consideramos más representativas, de éstas podemos diferenciar estos grandes grupos:

#### Teorías de la personalidad del autor

Si bien se trata de una de las argumentaciones esgrimidas sobre la etiología de la delincuencia de cuello blanco, debemos advertir que éstas han sido fuertemente criticadas y han sido prácticamente descartadas como justificativas. Su base teórica se despliega a partir de las características psíquicas de quien es considerado delincuente.

En este orden de ideas se destaca el "Psicodrama de Mergen" que describe la estructura psíquica del delincuente de cuello blanco. En esta teoría sus caracteres principales son:

- El materialismo, sólo da valor a los bienes materiales. Es un auténtico maníaco, su tensión patológica se libera con la ganancia siendo su psicología similar a la del jugador.

- El Egocentrismo (propio del estado primario), no alcanzan a lograr afectividad, esta soledad la compensan mostrándose caritativos y generosos.

- El Narcisismo, los hace soberbios, insensibles y se traduce a su situación social, ropas, dinamismo y audacia. Inteligencia.

- La Peligrosidad, porque no valoran límites éticos.

- La Hipocresía, son fríos y se muestran generosos.

- Los Neuróticos, demuestran falta de conciencia de culpabilidad, se debe a que estos actos no provocan reacción social, por lo que no son considerados como delito.

No cambia el hecho de que el autor, a través de su análisis, ha realizado un importante aporte político-criminal en la época, aun cuando la propuesta no resulta demasiado convincente, estimo no existe un consenso dominante para considerar al delincuente de cuello blanco como un enfermo, la vez participo la duda, que la conjunción de los conceptos atribuidos a este tipo de conductas, en ese momento, solo concernía a determinados tipo de delitos y por ello resultaba factible etiquetarlos en la categoría de afectados.

#### Teoría de orientación sociológica

Sin duda, es a explicaciones de este tipo a las que se recurre a la hora de evaluar criminológicamente la conducta del delincuente de cuello blanco. Según la teoría sociológica de Sutherland; las infracciones concernientes a la actividad económica son comparables en cantidad, aunque no se registran en las estadísticas, realmente constituyen delitos en el discurso jurídico-penal, a las del delito común; siendo su diferencia el modo de represión y control. La selectividad estructural del sistema penal, que siempre selecciona a los mismos candidatos, en nuestro país, al adolescente marginal, es la más elemental demostración de la falsedad de la igualdad y legitimidad proclamada por el discurso jurídico-penal. Por esto, la teoría sobre el delito de cuello blanco fue innovadora (contra las hipótesis positivistas) al vincular criminalidad con clase alta y separar criminalidad de patología. Sin embargo, es manifiesto que la cárcel funciona como un instrumento de seguridad que no responde a la retribución sino a un modo de autoritarismo denominado “neopunitivismo” en la literatura anglosajona<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Mollo Juan Pablo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, Virtualia, abril 2012.

## Teoría de la asociación diferencial

La teoría de la asociación diferencial, postulada por Edwin H. Sutherland, rompe con el modelo consensual y orgánico de la sociedad debido a que considera que las organizaciones sociales se encuentran pulverizadas. Cada una posee una jerarquía de valores propia.

Según esta teoría la conducta criminal es aprendida mediante la comunicación social en el interior de un grupo restringido donde se establecen relaciones personales (igual que cualquier otro modelo de comportamiento). Estas asociaciones tendrán más o menos preponderancia en la formación del individuo de acuerdo a la frecuencia, duración, anterioridad, intensidad con que se entablen.

Esta formación comprende tanto la enseñanza de técnicas para cometer infracciones simples o dificultosas, como la de aquellas necesarias a fin de orientar las tendencias impulsivas a nivel racional como de actitud. Esto estará en función de la interpretación favorable, o desfavorable, que se realice de las disposiciones legales. Siendo predominantes estas últimas. Se destaca en esta teoría una concepción distinta de norma jurídica, debido a que no es interpretada como medio de protección de intereses particulares sino como "regla de juego". Le quita, de esta forma, todo sustento axiológico y le aporta un carácter neutral.

El conjunto de valores, a partir de los cuales se manifiesta el comportamiento criminal, no se explica su razón de ser sino que depende de los contactos específicos a los que el sujeto esté expuesto en su ambiente social o profesional.

Por todo lo explicado esta teoría fue considerada ideal a fin de determinar los factores que conllevan a la formación y desarrollo del crimen organizado. Si bien sus postulados innovadores causaron fuerte impacto en la criminología de su tiempo, no tardaron los autores en comprobar las severas falencias teóricas que ella conlleva.

En contexto, se advierte una visión determinista del actuar humano. Será delincuente aquel que aprendió del ambiente las técnicas, las motivaciones y los valores que llevan a violar la ley penal. El necesario proceso de aprendizaje está determinado por el azar, es y depende directamente de las determinaciones favorables o desfavorables de la violación de la norma penal.

Por otra parte, si bien asume la pluralidad de códigos normativos, sólo le asigna un sentido negativo, producto de un proceso degenerativo de desorganización de la sociedad. Algunos criminólogos consideran que la criminalidad económica fue la respuesta a la

implementación de nuevas reglas de juego en el proceso acumulativo. La nueva disciplina jurídica estuvo determinada por el incentivo a los procesos de concentración económica caracterizado por la formación de monopolios y multinacionales. De este modo se premiaba cierto tipo de actividad empresaria y se desestimaba otro.

En este sentido, parece una contradicción entre el capital como inteligencia colectiva con tendencia a la autodisciplina y el capital como anarquía, representado por el capitalista individual que busca el beneficio individual y se aparta de la disciplina impuesta por el capital en su conjunto,

### Teoría de la Anomia

La teoría de la anomia ideada por Robert Merton<sup>7</sup>, intenta explicar el fenómeno de la criminalidad partiendo de la discrepancia existente entre los fines culturales y acceso que determinados sujetos tienen a los medios legítimos. Para esto realiza una tipología en la que establece posibles estereotipos de conducta: el tipo conforme, innovador, retraído, rebelde.

A fin de explicar la criminalidad de cuello blanco el autor sostiene que se trataba de una desviación innovadora, debido a que estos sujetos adhieren decididamente al fin social dominante en la sociedad estadounidense: el éxito económico y lo personifican sin haber internalizado las normas institucionales a través de las cuales se determinan las modalidades y los medios para alcanzar los fines culturales, considera asimismo que la clase de los hombres de negocios es un sector social en el que se encuentra gran parte de la población ampliamente desviada pero escasamente perseguida.

Un análisis crítico de la explicación criminológica ideada por Merton debe destacar en primer término que su teoría parte de la base de una ‘sociedad consensual’ y tiene una misión estabilizadora del sistema y por la tanto intentará justificar el reclutamiento efectivo de la criminalidad de clase baja. No es propio de ella brindar una explicación para comprender la criminalidad de cuello blanco.

Sus principales críticos fueron quienes postulaban la teoría de la sub-cultura criminal (Cohen). Consideraban que Merton en su tentativa de integrar a su teoría

---

<sup>7</sup> Robert King Merton, sociólogo estadounidense nacido en Filadelfia en 1910, autor de la teoría de las funciones manifiestas y latentes y de obras como “El análisis estructural en la Sociología” (1975), Merton es uno de los clásicos de la escuela estadounidense en esta disciplina. La anomia es la falta de normas o la incapacidad de la estructura social de proveer a ciertos individuos lo necesario para lograr las metas de la sociedad. Se trata de un concepto que ha ejercido gran influencia en la teoría sociológica contemporánea, también ha ofrecido una de las explicaciones más importantes de la conducta desviada.

la criminalidad de cuello blanco se ve obligado a destacar un elemento subjetivo individual, identificado con la "falta de internalización de normas institucionales" y a dejar de lado la pauta objetiva establecida por la "limitada posibilidad de acceso a los medios"

Según Baratta, Robert Merton no advierte el nexo funcional objetivo que reconduce la criminalidad de cuello blanco y la criminalidad organizada a la estructura del proceso de producción y de circulación de capital. "Estudios sobre la criminalidad organizada ponen en evidencia que entre la circulación legal y la circulación ilegal, entre los procesos de acumulación legales e ilegales, hay una sociedad capitalista en relación funcional objetiva".

Por otra parte se desdibuja el fenómeno si se supone que la criminalidad de las capas privilegiadas es un mero problema de socialización y de internalización de normas.

#### Teoría del "*Labelling Approach*" o del etiquetamiento

Esta teoría<sup>8</sup> funda sus postulados en la atribución de roles a una persona a través de un proceso dinámico de interacción entablado entre el individuo y la sociedad, la auto-imagen estaría determinada por la visión que tiene de sí mismo el individuo según lo que los demás esperan de él. La desviación primaria no tendría entidad suficiente como para asignarle un rol definitivo al individuo, pero establece, las condiciones necesarias para que se produzca la desviación secundaria en la que los modelos formados son más firmes, y generalmente, conlleva la estigmatización pública y consecuente asignación del rol de desviado.

En orden a las críticas que se le esbozaron a esta teoría cuando intenta explicar la delincuencia de cuello blanco, se dice que la falencia está dada en que este tipo de delito no produce proceso de atribución alguno. Otras sugieren que sólo está capacitada para explicar la delincuencia tradicional.

En realidad, la teoría del *labeling* más que una hipótesis interpretativa del conjunto de las transgresiones lo es sólo de la delincuencia tradicional. Dedicada a la delincuencia económica no explica tanto su existencia como su cifra negra, se olvida que al lado de ésta hay una cifra real de delincuencia económica que es perseguida y castigada y cuya existencia precisa de una explicación.

---

<sup>8</sup> El objeto central del análisis del fenómeno criminal en el etiquetamiento fue, precisamente, la acción del control social, su comportamiento selectivo y su impacto en el sujeto sobre el que actúan. Su campo de estudio se centró en este nivel.

## **América Latina**

### **Intervención del Estado en la economía**

En párrafos anteriores se ha examinado la incidencia del delito de cuello blanco; o de los poderosos, como se lo denominaba en la época; en un contexto de criminalidad donde la globalización, ciertamente ha influido en el aumento de su proliferación, ya como delincuencia organizada. En este sentido no conviene olvidar otros aspectos de gran trascendencia que también influyeron a los procesos de concentración de bolsas de marginalidad en las sociedades de América latina, que de algún modo erosionaron figuras jurídicas como las de pertenencia y nacionalidad.

Así los movimientos de capital derivados de la globalización de la economía, determinan la aparición en América de capas de las que puede proceder un marcado incremento de delincuencia patrimonial de pequeña y mediana entidad. Para una más precisa explicación de este fenómeno procede, probablemente, realizar una referencia histórica.

Digamos entonces que América Latina se caracteriza por un desarrollo capitalista periférico, los delitos de los poderosos no figuran en las estadísticas judiciales y no motivaban la actuación de alguna autoridad.

El tipo de delitos que nos ocupa eran cometidos por personas que abusan de su posición política, social y económica para favorecer sus intereses económicos o de género. Entre los más comunes sobresalen, la corrupción administrativa de alto nivel, el ‘dumping’ de los productos farmacéuticos, la contaminación ambiental, el fraude de alimentos, la delincuencia empresarial, nacional y transnacional, etc.

Podemos afirmar que estas conductas no son expresión de una crisis moral o de disfuncionalidad de los instrumentos jurídico penales, sino de la peculiar legalidad y constitucionalidad en que se fundamenta nuestra organización y cultura. Nuestro margen se caracteriza por poseer ordenamientos jurídicos obsoletos, permisivos y con graves lagunas legales, supuestos de no legislación, o ineficientemente legislados que hacen presumir un interés por no afectar intereses creados.

Si bien el proceso de intervención del estado en la economía se dio en la mayoría de los países, en América Latina tuvo un efecto social particular. Los sectores económicos lucharon enérgicamente por el poder político. La consecuente interacción entre derecho y economía tuvo como expresión normativa al derecho económico; entendido como conjunto de normas jurídicas que permiten al estado actuar sobre la economía; por lo que al

mismo tiempo estimula al poder económico a procurar controlar el Estado se extremó hasta convertirse en factor de inestabilidad política.

### **Antecedentes del Derecho penal económico en la región**

Las codificaciones jurídicas de los países latinoamericanos, necesariamente, conformaron sistemas contradictorios surgidos de distintos períodos y estrategias de desarrollo. Si bien sus normas fueron en escasa cantidad codificadas, lo más representativo del sector no codificado fueron las disposiciones destinadas a preservar la libre concurrencia al mercado. Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México, incorporaron normas a sus legislaciones remediando el modelo del derecho antitrust norteamericano. El criterio estuvo dado por incriminar los abusos de poder de los monopolios en el mercado, surgiendo en forma paralela normas de regulación del abastecimiento, de defensa de los consumidores y de control de precios.

#### El perfil del delito económico en la época

Los delitos económicos cuentan para su tratamiento con una serie de dificultades tales como que carecen de organismos de control eficientes. En orden administrativo no existe personal especializado para la prevención de éstos y en sede judicial para la ejercer la represión. La utilización del principio *societas delinquere non potest*<sup>9</sup> permite en muchos casos desvincular a las sociedades.

En lo que al respecto interesa, el energía se orientó hacia la punición de acciones lesivas de la libre competencia. Frente a este advenimiento, Argentina (1946) sancionó la Ley 12.906, modificatoria de la 11.210, en la que se reprimen los Monopolios y creó el Departamento de Defensa a la Competencia<sup>10</sup>. Hasta 1978 este organismo realizó 140 investi-

---

<sup>9</sup> *Societas delinquere non potest*, es una locución latina que significa "las sociedades no pueden delinquir", utilizada en Derecho penal para referirse a un principio clásico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos pues carecen de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones. De esta forma a las personas jurídicas no pueden imponérsele penas, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, más graves que otras sanciones. En los últimos tiempos este principio ha comenzado a ser modificado, un sector doctrinario y jurisprudencial considera que debe dispensarse a las personas jurídicas el mismo trato que a las físicas teniendo, por tanto, capacidad de ser objeto de imputación de tipos delictivos.

<sup>10</sup> La legislación argentina de Defensa de la Competencia es mucho más antigua de lo que muchos suponen. Los primeros antecedentes datan de 1909 cuando se presentó ante el Parlamento argentino el primer proyecto, casi veinte años después, de la aprobación de la primera legislación antitrust de América: la Ley Sherman de Estados Unidos (1890). El proyecto argentino fue presentado por el doctor Carlos Carlés.

gaciones de las que el 70% fue presentado ante los tribunales, de estos, sólo 50 casos lograron se dicte sentencia y en sólo uno se condenó al infractor<sup>11</sup>.

En países como Brasil, Chile y Colombia, con particularidades propias, se caracterizaron por la ineficiencia de sus instituciones administrativas, con mayor preeminencia antes del año 1970. En el ordenamiento penal latinoamericano el incremento de conductas económicas delictivas apareció con fuertes dificultades, tanto objetivas como de mala técnica legislativa, asimismo, en la legislación no codificada se advirtió profusos ejemplos de delitos económicos en que la descripción de conductas prohibidas era imperfecta para combatir los fenómenos sociales-penales. La historia de América Latina, en algunos países, en cierta medida, se caracterizó por reducir los espacios de imputación revelando ciertas vacilaciones a la hora de comprobar la intencionalidad de los sospechados de esta criminalidad.

En otro orden de cosas se abusó del casuismo tal es el caso argentino<sup>12</sup>. Se adaptaron leyes penales en blanco y de tipos abiertos<sup>13</sup>. Se hizo frecuente el establecimiento de presupuestos de punibilidad redundantes y/o de dificultad de prueba tales como establecer el ánimo de lucro que exigía la citada Ley 12.906, así también, condiciones objetivas de punibilidad, igualmente innecesarias. En el ámbito jurisprudencial, resultaron instrumentos inapropiados de incriminación primaria por los que se arribara a condenas arbitrarias o que no pudieran ser utilitarias por ineficientes, por ello, la incursión del Derecho en la actividad de los poderosos exhibió una concesión tolerable solo destinada a satisfacer algunas demandas de la sociedad.

Otro de los factores que los tornaron ineficaces es la inexistencia de órganos jurisdiccionales especializados en materia penal económica, o para procedimientos específicos que resultaren adecuados a este tipo de comportamientos criminales<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. De Benedetti: "algunas consideraciones para la jurisprudencia penal en el terna de monopolios, p. 353; Rovira y Negri: "La regulación de conductas monopólicas en el derecho argentino y comparado", Revista del Derecho Industrial, año 1, n°2, Buenos Aires, 1979, p. 282.; Montalban: "Comentarios a la nueva ley de defensa de la competencia", revista del Derecho Industrial, año 2. N° 5, Buenos Aires, 1980 p. 282, específicamente, White: "La legislación antimonopólica y el control del poder económico en América Latina", Derecho de la integración, vol. XI, noviembre, nros 28 - 29 1978, p. 40, en Righi, ob. pág. 160.

<sup>12</sup> Por ejemplo, los tipos descriptos en la Ley 12.906 de Represión del Monopolio y el art. 187 de la Ley de Aduanas, según el texto ordenado de 1962, sustituido por Ley 21.898 y posteriormente por el Código Aduanero.

<sup>13</sup> "Se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos". Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal Parte General". 7ma Edición. Editorial IBdeF, Montevideo, 2005, Pág. 76.

<sup>14</sup> En la Argentina a fines de los años '50 se crearon tribunales en lo Penal Económico. Si bien constituyeron una excepción a la regla, se advirtieron algunas críticas tales como que el fuero no se hallaba dotado de elementos que resultaran funcionales para el esclarecimiento de hechos de especial complejidad. No es el caso de la actualidad.

Por otra parte, tampoco han sido apropiados los sistemas de reacción en el orden latinoamericano. La preocupación doctrinaria transitó por la aplicación de sanciones incongruentes o excesivamente leves en muchos casos, tornándose excesivamente compleja la individualización de la pena al caso concreto. El resultado fue desalentador ya que este modelo se aferró a una construcción jurídica con preferencias en la función resocializadora, es decir, en la prevención especial.

En estos países las estrategias de política económica diseñadas tienen fuerte incidencia en los vaivenes del Derecho penal económico. Según Esteban Righi, se distinguen fundamentalmente dos modelos, el reformista y el que se deja librado al mercado la regulación<sup>15</sup>.

Se caracterizó como reformistas a aquellos países que utilizaron una estrategia con pautas marcadas de nacionalismo económico. La legislación *antitrust* se mantuvo en un plano secundario y la competencia se regulaba con otros mecanismos como el control de precios, las reglamentaciones de derecho industrial, el establecimiento de empresas del estado, el control de la inversión extranjera, entre otras.

Los principales rasgos del modelo de un nuevo sistema económico son... “la utilización del mercado como principal medio de coordinación de las actividades de los participantes en la producción. Nuestra propia experiencia nos ha convencido de que no existe ninguna alternativa que merezca la pena al mecanismo del mercado como método para coordinar las actividades y los intereses de los sujetos económicos”<sup>16</sup>.

Existía otro modelo de características netamente liberales con un Estado subsidiario. En el plano económico, significó la derogación de determinados institutos a fin de desregular el mercado. De este modo; a partir de los años ochenta, y en adelante; se incrementa la tendencia de criminalización primaria a fin de proteger la economía de mercado. En este período, la política criminal relacionada con la delincuencia económica puso de manifiesto una mayor actividad de los organismos estatales de control de monopolios, con la finalidad de evitar los abusos de poder. Se incorporan nuevas formas de defensa a la competencia, legislación antimonopólica con un importante cambio de orientación.

Estos programas no provocaron protección del mercado competitivo sino lo contrario. Es decir estimularon la concentración económica, favorecieron los procesos

---

<sup>15</sup> Righi, Esteban J.A., “Derecho Penal Económico”, en su exposición en las primeras jornadas nacionales de Derecho en San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, octubre de 1964.

<sup>16</sup> De “*El Albalkin Report*” presentado por el primer ministro a finales de 1989, constituye una clara exposición de la nueva visión del mercado.

de monopolización y oligopolización especialmente en el sector financiero por la presencia dominante de grandes conglomerados bancarios e industriales y las dificultades de acceso al mercado de capitales por parte de las pequeñas y medianas.

A partir de ello, en Argentina se advierte desde 1976, una mayor actividad del Departamento de Defensa de la Competencia y una mayor celeridad en la actividad procesal. Este rendimiento, temporal, culminó en 1980 con la sanción de una nueva Ley de Defensa de la Competencia. Similar proceso se desarrolló en Brasil con el CADE, que si bien fue creado por Ley 4137, no operó con eficacia hasta 1973, sobre todo en investigaciones a productores del mercado interno en los que existía concentración. Al tiempo, en el caso chileno también se nota un mayor control a mediados de los años '70, acaso como consecuencia del golpe de Estado de 1973. En la época observamos que las medidas económicas que pretendieron la eliminación o flexibilización de controles de precios y reducción de la protección arancelaria, destinadas a restablecer el mercado en un régimen de libre competencia, incentivaron desde 1974 un uso más acelerado de la legislación sobre prácticas restrictivas.

## **Argentina**

### **Ley de Defensa de la Competencia**

En esta punto la Argentina contó con la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia, dictada por el gobierno militar. Esta se aplicó en un definido contexto económico-político donde predominó el liberalismo económico con todas sus características. Su objetivo principal consistía en operar preventivamente en el mercado.

Previó la intervención de cuerpos administrativos, especializados, facultados para actuar con especial flexibilidad, de acuerdo al funcionamiento del mismo al tiempo que se creaba la Comisión de Defensa a la Competencia, organismo que debía evitar que las conductas perjudiciales se prolongaran en el tiempo. En el caso, se alcanzaban abordar procesos preventivos entre otras facultades. Como rasgo distintivo, esta Comisión tenía jurisdicción en todo el país y no dependía del Ministerio de Economía.

Fue creada con el propósito de canalizar los fines de la Ley de Defensa de la Competencia, configurando un organismo especializado en la materia, destinado a proteger el libre movimiento de los mercados a través de procedimientos preventivos y sancionatorios, al que además, se le confirió facultades para ordenar el cese, abstención y/o modificación de conductas distorsivas y actos nocivos para la Competencia, en función del interés público económico, garantizando la defensa de la libre actividad de los particulares.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) dispone de un equipo interdisciplinario de profesionales del derecho y la economía dedicado en forma exclusiva al estudio y la investigación de los múltiples y heterogéneos casos que se presentan en las diversas y complejas actividades económicas, atendiendo a la diversidad del mundo jurídico que incide sobre ellas. De tal manera la CNDC fue capitalizando a través del tiempo una pericia y experiencia propia en su ámbito de actuación, que le permite desenvolverse con solvencia y progresiva celeridad en la resolución de los conflictos, en el diligenciamiento de los procesos administrativos, y muy especialmente en la prevención de actos y conductas disvaliosas para la libre competencia.

En este sentido, la CNDC contribuye en forma manifiesta con los criterios de eficiencia, eficacia y economicidad que en el mundo actual persiguen los estados modernos.

Debemos mencionar que en el espíritu de la norma, creadora de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Ley 22.262), el legislador hace un especial hincapié en las acciones de dirección, así como aquellas tendientes a la persuasión, destinadas a imponer la vigencia de las reglas de juego en que debe desenvolverse la libre competencia en cada mercado de la Economía, teniendo como dato relevante la dinámica de los sistemas aplicados en esta materia en el ámbito internacional.

El ejercicio de las funciones conferidas a la CNDC se constituye en motor de la actividad económica, por cuanto permite la apertura de instancias al consenso y a la prevención: el acuerdo para la modificación de conductas distorsivas y la posibilidad de detectar y evitar con antelación la comisión de futuros delitos económicos.

En cuanto a los resultados obtenidos, se acentuó el estudio en diversos mercados<sup>17</sup>, que por su heterogeneidad hacían suponer que no imperaba una política orientada a evitar la concentración económica en los sectores específicos de cada actividad, toda vez que esa era su función principal, evitar la concentración económica.

Convengamos que siempre no operó de este modo, recién a partir de 1996 se advirtió una reactivación de su función que permitió el desarrollo de cálculos orientados a ordenar la inacción anterior. En este sentido se atribuyó la ineficacia a la crisis inflacionaria del período y a la distorsionada actividad económica del Estado, debido a que no se conside-

---

<sup>17</sup> Como en la actividad mercantil de productos tales como: la arena, servicios fúnebres, bebidas sin alcohol, del gas, aranceles, medicamentos y servicios clínicos, de envases, venta de diarios y farmacias. Controles en el pan, locaciones temporales, transporte de cargas, equipos de computación, telecomunicaciones, publicaciones y papel prensa, entre otros.

raba compatible la defensa de la competencia con una economía cerrada, con regulación de precios, ni con una economía estatizada.

Los resultados se reflejaron en distintos períodos:

Periodo de la dictadura (1981-1983), tuvo escasa actividad y magros resultados.

Periodo del primer gobierno democrático (1984 - 1989), el promedio descendió y por lo tanto también lo hizo su incidencia en el control de los mercados.

Periodo del primer gobierno de Menem, durante este periodo disminuyó aún más la actividad de la “Comisión”.

Como se mencionó, si bien la su actividad aumentó a partir de 1996 no fue suficiente, continuó descendiendo el porcentaje de aplicación de sanciones alcanzando sólo un 16%. Si se analizan cualitativamente los casos en que intervino en este período se advierte un resultado similar al anterior, y por ende, una tendencia de mengua en su actividad<sup>18</sup>.

En 1999, mediante el decreto nro. 1019/99, se promulgó una nueva Ley de defensa de la competencia que tendría como fin adaptarse a las exigencias constitucionales previstas en el artículo 42 de la C.N., según reforma del año 1994. El citado artículo prevé: "...que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (párrafo primero) y que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servidores públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios ...”.

### **La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y el Decreto 1019/99**

Se consideran a los mercados como bienes de ‘carácter público’ debido a que su distorsión podría afectar el interés económico general y el bienestar de los consumido-

---

<sup>18</sup> La estadística registra solo 3 casos de exclusión de competidores en distintas actividades tales como: en diarios, caso de la denuncia de Ámbito Financiero contra Egea; de jabón en polvo, caso Procter y Gamble contra Unilever y otros y en cinematografía, caso de Cinematográfica Olmo contra Buena Vista, Columbia, Tristar y otros. Fueron investigados 7 casos de abusos unilaterales de posición dominante: a) Subsecretaría de Comercio de Misiones c/ Posadas Cable, correspondiente al sector de televisión por cable; b) FABA c/ Visa, Mastercard, y otros, relacionada con tarjetas de crédito; c) Plan Ovalo y otros s/ infracción a la Ley 22.262, relacionado con seguros de automotores; d) Cruzada Cívica c/Movicom Miniphone y otros del sector de telefonía celular; e) YPF s/ inf. Ley 22.262, vinculada a la venta de gas licuado; f) Fecha c/Eg3, del sector de combustibles líquidos y; g) Torneos y competencias s/ inf. Ley 22.262 relacionado con transmisión de futbol por televisión.

res. La Ley fija el modo en el que podrá iniciarse proceso administrativo, previsto por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada (art. 26), más no la legitimación activa, de titulares de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la infracción, a quienes se podrá dar intervención como parte coadyuvante (art. 42), en un sistema de enjuiciamiento en el que, además, no está prevista la intervención del Ministerio Público. Sin embargo, se admite la legitimación de la víctima a efectos de no menoscabar sus derechos.

En cuanto al bien jurídico protegido en esta normativa puede gravitar en bienes colectivos, tal sería una infracción al orden económico como un bien jurídico individual, es el caso de las normas de defensa de la competencia, que además de la libre concurrencia pueden proteger intereses de un competidor.

La presente ley expresa en su artículo primero que están prohibidos los: "...comportamientos relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que tengan por objeto o efecto, limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". Castiga asimismo si se dan estos supuestos, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas, declarada por acto administrativo o sentencia firme.

El artículo segundo no considera en forma taxativa algunos casos de prácticas restrictivas como: fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios que se ofrecen o demanden en el mercado, así como, intercambiar información con el mismo objeto o efecto. Enumera otros trece supuestos que tienen relación con lo que se conoce como 'el derecho antitrust norteamericano, en las que se consideran supuestos de posibles acciones realizables por quienes tengan una "posición dominante" en el mercado.

La norma en su artículo cuarto especifica a que denomina posición dominante y también las circunstancias que deben ser consideradas para establecerlas (art. 5).

Se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente demandante dentro del mercado nacional, en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

Asimismo se prevén algunas condiciones para precisar la existencia de posición dominante en el mercado (art.5):

1. El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otro, ya sea de origen nacional como extranjero: las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma.

2. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate.

3. El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

No se prohíbe que exista una posición dominante (art. 40), sino el abuso de la misma (art. 1), carece de concreción normativa, por lo que debe ser apreciado bajo los parámetros de los denominados tipos abiertos, lo que obliga a complementar la prohibición, estableciendo en el caso concreto sí la acción analizada era un abuso de posición dominante, y consiguientemente estaba alcanzada por la prohibición.

También en cuanto a los supuestos de concentración económica está sujeta a dos supuestos su objeto o efecto debe ser (o poder ser) disminuir, restringir o distorsionar la competencia", y de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7).

Las características generales del procedimiento están dadas por el hecho de que es un procedimiento administrativo, si bien cuenta con pautas propias de un proceso criminal con fuertes rasgos inquisitivos, dado que el procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia (arts. 26 y ss.), la que si no es desestimada por no ser considerada pertinente por el Tribunal (art.29), determina que se instruya un sumario (arts.30 y ss.), durante el cual se otorga derecho de defensa al "presunto responsable" (art.32), dando lugar a un debate que el Tribunal puede realizarlo en audiencia pública (art.38), concluido el cual, puede imponer sanciones (arts.46 y ss.).

Las sanciones previstas en los artículos 46 y ss., son aplicables a las personas físicas o de existencia ideal que cometan algunas de las infracciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia. Tanto en los casos de "acuerdos y prácticas restrictivas" (cap. 1), como en los de "posiciones dominantes" (cap.11), se ha previsto el cese de los actos o conductas, y en su caso la remoción de sus efectos (art. 46).

Los responsables por la comisión de actos prohibidos en supuestos de “acuerdos y prácticas restrictivas”, “posición dominante” y “concentraciones y funciones” sometidas a notificación (art.13), serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$10.000) ... que deberán graduarse en función de: a) la pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida, b) el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida, c) el valor de los activos involucrados de los responsables al momento de comisión del hecho. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán (art.46, inc. b).

Sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder; cuando se verifiquen actos que constituyan abuso de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de la Ley; el Tribunal podrá imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al Juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas (art.46, inc. c).

En los casos de incumplimiento del deber de notificar actos de concentración económica (art. 8), de cumplir las medidas que imponga el Tribunal (art.35) o el compromiso (art. 36), serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención (art. 46, inc. d) sin perjuicio de las demás sanciones que pudieran corresponder.

El procedimiento mantiene algunos rasgos del Derecho civil, pues no prevé que el denunciado sea oído en una audiencia, sino mediante una presentación similar a una contestación de demanda (art.29), con un período de prueba que admite alegatos de “las partes” (art.34), que en la medida en que no existe ni Ministerio Público, ni acusadores particulares, queda limitado a una suerte de informe final del imputado o presunto responsable. Por otra parte se establece la aplicación supletoria de los Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación. Son Tribunales de alzada la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal y las Cámaras federales correspondientes al resto del país.

### **Legislación comparada**

En el orden de la legislación comparada debemos destacar, por la influencia en nuestro medio, al Derecho antitrust norteamericano.

El derecho de la competencia, al que los norteamericanos llaman derecho antimonopolístico (Antitrust Law), puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público. En la práctica el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.

En el contexto en el que se desarrolló contaba con las siguientes características: en el orden interno existía una marcada tendencia hacia la ampliación del mercado interno por la colonización del oeste, grandes distancias que separa de lugares de abastecimiento extranjero, la reducida importancia que representaba la competencia extranjera, política arancelaria, etc. En la década del 70' y el 80', se crearon grandes unidades empresariales con perfil y vocación monopólica<sup>19</sup>.

La *Sherman Act* fue sancionada en 1890 por el gobierno federal de los Estados Unidos para criminalizar los trust cuyo objeto era el control de estas formas de combinación industrial, esta ley hizo ilegal lo que hasta ese momento había sido apenas carente de fuerza legal. De este modo se declaraba ilegal:

Todo contrato, combinación en forma trust o en otra forma o conspiración que limite la libre actividad o el libre comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, asimismo, toda persona, compañía o asociación que monopolice o intente monopolizar o se asocie o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte de la actividad o el comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras será considerada culpable de un delito. Del mismo modo se preveían sanciones y se facultaba a los tribunales para impedir estas prácticas.

La Ley Antitrust americana contiene una aproximación al análisis de una de las premisas fundamentales de esta disciplina, según la cual, los mercados en competencia producen mayores beneficios a la sociedad que los mercados con estructuras monopólicas.

---

<sup>19</sup> Standard Oil Company, aprovechó el brote del petróleo de Cleveland, ciudad servida por tres ferrocarriles y constituyó uno de los mayores centros de refinación. Junto con Andrews apreciaron las grandes ventajas de la refinación a gran escala, luego se unieron con otros y formaron la Standard Oil Company. Su monopolio (en 1879 refinaba el 95% del petróleo crudo) surgió del control de los medios de transporte y venta del petróleo. Compañía mejores del sur con una concesión indefinida. Lograron controlar a sus rivales de Cleveland y lograron rebajas unilaterales en las tarifas de flete ferroviaria. Luego idearon un plan: elevar las tarifas de los fletes. Sólo algunas obtendrían ventajas de hasta el 45% del precio del flete. Por el petróleo enviado ellas y el que remitieron sus competidores. Así se asociaron a él, 21 de las 26 refinerías de Cleveland. Luego se revelaron accidentalmente las tarifas propuestas y por la presión de otras regiones petroleras los ferrocarriles desconocieron el acuerdo. Pero en ese tiempo habían logrado el control de 1/5 de las refinerías del país. Luego obtuvieron ventajas nuevamente de ferrocarriles, adquirieron otras empresas, se comenzaron a construir oleoductos de gran magnitud.

Durante la presidencia de Roosevelt (1901), se instauró una campaña de 'limpieza' lo que colaboró a fin de que se conocieran en mayor medida las actividades trust. Si bien la ley no obtuvo resultados contundentes constituyó cuanto menos un obstáculo para la creación de nuevos monopolios<sup>20</sup>.

Más adelante en 1914 el gobierno de Wilson reforzó de dos maneras la Ley anterior, por un lado creó la comisión federal de comercio y consiguió que se aprobara la Ley *Clayton anti trust*, que intentaba suplementar la legislación existente en materia de prohibiciones a las restricciones ilegales y los monopolios. Esta ley consideraba ilegales ciertas prácticas desleales como la discriminación por precio o las que figuraban como condición para la venta el que el comprador no negociara con productores; la adquisición por parte de las compañías del capital de otras, en aquellos casos en los que ella conllevara la disminución de la competencia entre las empresas respectivas; se prohibieron también a las compañías industriales con capital mayor a U\$S 1.000.000 tener directores comunes, si habían competido; toda otra persona o compañía dedicada al acarreo quedó privada del derecho de entablar negocios con empresas interesadas, y otras disposiciones que tendían a proteger a la competencia.

Por otra parte se creó la Comisión Federal de Comercio, que se encargaría de investigar si las empresas cumplían las resoluciones judiciales y la ley. Estas disposiciones han complementado a la Sherman Act, y así logrado mayor eficacia. La estrategia del derecho antitrust norteamericano se basó en una técnica legislativa basada en la descripción de prohibiciones genéricas, lo que permitió criterios jurisprudenciales pragmáticos.

## **XV. Deuda externa**

Los países latinoamericanos, y en particular Argentina, sufren el flagelo de una deuda externa desproporcionada para sus posibilidades de pago y sus economías pobres y desgastadas. Si bien no es la única responsable de las penurias de sus pueblos podemos afirmar que constituye uno de los más grandes atavíos a la hora de incentivar el desarrollo de sus pueblos. En el contexto mundial en el que se crea el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, Estados Unidos se erguía como el único país con superávit en su balanza de pagos y con una economía intacta.

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, surgieron dos necesidades urgentes: volver a producir para alimentar a la población y concluir con el caos monetario y

---

<sup>20</sup> Fue en este período (1906) que se inició el juicio contra *Standard Oil Company*, partiendo de la base que la CSJ de Ohio la había declarado ilegal el trust original, en 1982. en 1911 se dio un fallo definitivo por la Corte Suprema modificando el plazo pero pidiendo la disolución de la empresa.

ordenar las finanzas. La creación del Banco Mundial junto con la del Fondo Monetario Internacional se remonta a aquella época. Aún no había concluido el conflicto bélico, cuando norteamericanos y británicos, en 1944 se reunieron en New Hampshire con el objetivo de discutir medidas monetarias y cambiarias a ser adoptadas en la posguerra. En Bretton Woods se acordó un sistema monetario que buscó evitar las rigideces del patrón oro y los defectos de la flotación (especulación desestabilizadora y devaluaciones competitivas). El Fondo Monetario Internacional tendría la misión de corregir desequilibrios transitorios en los balances de pagos con el fin de evitar fluctuaciones bruscas en los tipos de cambio. Por su parte el Banco Mundial, se creaba con el propósito de ayudar a los países devastados por la guerra. En aquella reunión se propuso además la creación de la Organización Mundial del Comercio, pero este proyecto no fue concretado y fue reemplazado por un acuerdo general sobre las tarifas y el comercio, conocido por su sigla en inglés como GATT “General Agreement on Tariffs and Trade”.

Actualmente, el Banco Mundial interviene en la financiación para la reconstrucción luego de los conflictos bélicos actuales y en casos de desastres naturales que afectan a las economías en desarrollo. Además, el Banco Mundial financia proyectos para el sector social, la lucha contra la pobreza, el alivio de la deuda y el buen gobierno.

Estos organismos que según sus bases constitutivas tendrían como fin último el propender al desarrollo y reactivación de las economías y al crecimiento de los países emergentes, se convirtieron en los principales digitadores de las economías de los países deudores, limitando así su capacidad de autonomía, y produciendo un claro sometimiento. El diseño de las políticas sugeridas a fin de que los deudores cumplan con sus obligaciones tenía dos tendencias, una de ellas de carácter ortodoxo, que propendía a prácticas del tipo de devaluación de la moneda, la disminución de los salarios y del gasto público. La segunda de corte monetarista, que si bien utilizaba los métodos anteriores asociaba el déficit al exceso de crédito debido a que aumentaba la presión inflacionaria. Debido a esto resultaba preciso sanear la economía mediante el ajuste y la consecuente estabilización. Ambas tendencias promovían el ingreso de inversores extranjeros como forma de incorporar capitales, divisas y tecnología.

El tipo de política antes descrita trajo como consecuencia una gran expansión de empresas transnacionales sobre todo en los países periféricos debido al incentivo otorgado por ellas. Claro ejemplo de la influencia de estas técnicas es que América Latina se dedicaba a la sustitución de importaciones, lo que implicó la transnacionalización de su producto.

Si hacemos un poco de historia, en el período comprendido entre 1971 y 1972, la crisis económica vino de la mano del fuerte aumento del precio del petróleo. El mercado de capitales sufrió un exceso en su oferta y los bancos redefinen su política orientándola hacia dos objetivos prioritarios: en primer término expandir el volumen de las importaciones y en segundo término aumentar el endeudamiento externo de los países. Por esta razón los bancos comienzan a otorgar créditos a una tasa de interés muy baja que rondaba entre el 6% y el 6,9%.

Hacia fines de la década del 70', por necesidades internas, comenzó a aumentar la tasa de interés y en un año pasó del 6% al 22%. Un tercer período podría estar dado por el tramo 1.982, fecha en el cual se implementa un nuevo mecanismo de capitalización tal es el aumento de la participación de las sociedades transnacionales en la economía periférica. La política implementada consiste en cambiar títulos de la deuda desvalorizados por bienes de propiedad estatal, debido a que de este modo se logran una serie de ventajas, se evita el repudio a la deuda externa, se evitan los posibles pedidos de quita y rebaja, así como las futuras organizaciones de grupos de deudores.

Las políticas de ajuste antes mencionadas tendían a obtener un excedente en la balanza comercial que permitiría el pago de los intereses y un superávit en las cuentas fiscales, esto implicaría disminuir el consumo interno, disminuir el ingreso de los dependientes y el gasto estatal, tanto en sus salarios como en inversión. La realidad indica que este mecanismo sólo permitió que los sectores de menos ingresos estén obligados a consumirlo totalmente dejando la posibilidad del ahorro a un reducido y privilegiado sector.

Lo analizado precedentemente permite advertir que las políticas de ajuste perjudican a los sectores de menos ingreso, a los pequeños y medianos productores y a aquellos que trabajan para el mercado interno. Por otra parte el pago de la deuda externa produce una transferencia de recursos desde los países periféricos deudores hacia los centrales<sup>21</sup> y permite la concentración del ingreso en manos de pequeños grupos económicos<sup>22</sup>. Frente a este cuadro de situación se han ideado distintas estrategias a fin de afrontar el problema, así como cuestionamientos de orden jurídico relacionados con la legitimidad de la deuda.

*Estrategias:* en general este tipo de método tiende a considerar a la deuda desde una postura no crítica. Aceptan tanto sus condiciones, como su origen. Parten de ello para proponer soluciones. En cuanto a las estrategias concretas, se ha sostenido que resul-

---

<sup>21</sup> América latina se ha convertido en un exportador neto de capital lo cual constituye una situación insostenible e injusta.

taría efectiva la acumulación de reservas a fin de no utilizar los créditos puentes del F.M.I., extender el plazo de cierre de las cuentas en los organismos internacionales, criticar altas tasas de interés, realizar un acuerdo entre deudores<sup>23</sup>, entablar una relación autónoma con la banca acreedora<sup>24</sup>, adhesión al Plan Brady<sup>25</sup>, entre otros.

El encarecimiento del petróleo en los años setenta introdujo una importante transferencia de ingresos desde los países exportadores de petróleo (Países Desarrollados y algunos Países Menos Desarrollados), a sus importadores. El nivel de actividad en el mundo industrial cayó, el desempleo aumentó y también lo hizo la inflación<sup>26</sup>.

*Críticas estructurales a la deuda:* la crítica más global radica en la fluctuación sufrida por la tasa de interés que se incrementó del 6/6,9% al 22%. No sólo debido al aumento usurario de la deuda<sup>27</sup> sino también por la interpretación unilateral realizada por los acreedores en relación con las cláusulas contractuales. El mismo Kissinger reconoció que el problema de la deuda es de solvencia porque algunos países deben más de lo que pueden llegar a pagar, por lo que considera imposible que los países deudores puedan, en forma simultánea, pagar la deuda, lograr crecimiento económico y mantener su equilibrio político, económico y social.

Por otra parte, se ven afectados los más elementales principios del Derecho. Se viola el principio del abuso del derecho, de la excesiva onerosidad sobreviniente, de las prestaciones, del enriquecimiento sin causa, de la buena fe objetiva contractual, de la lesión enorme, de la teoría de la imprevisión y el de la co-responsabilidad de los acreedores entre otros. Asimismo la Doctrina Drago<sup>28</sup>, que tiene carácter internacional sostiene que no debe

---

<sup>22</sup> Vale considerar que los países latinos remiten 230.000 millones de pesos sólo en pago de los servicios de la deuda. Argentina entre 1.982/88 transfirió 215.000 millones de pesos y su deuda externa se incrementó en 43.000 millones.

<sup>23</sup> Este mecanismo fue intentado por la Argentina en 1984, pero no surtió un efecto beneficioso.

<sup>24</sup> Tal es el caso de Brasil y México.

<sup>25</sup> Los bancos acreedores canjean el 100% de su deuda incobrable por un porcentaje de cobro seguro más los intereses a tasa variable. Renuncian al resto a cambio de privilegios para adquirir participación en las empresas a privatizar. Es fuertemente criticado debido a que no es realmente un beneficio sino que conlleva un ajuste aún más severo y un control importante sobre las economías locales. Argentina se adhirió a este plan durante la presidencia de Menem.

<sup>26</sup> En marzo de 1989, Nicholas Brady presentó una propuesta para el tratamiento de la deuda externa de los países del denominado Tercer Mundo. Las gestiones realizadas en EE.UU por el equipo de negociadores encabezadas por el ministro de Economía habrían alcanzado y a un objetivo largamente buscado por la administración de Carlos Menem. A partir del mismo los gobiernos deberían participar en la nueva estrategia facilitando y flexibilizando las regulaciones pertinentes.

<sup>27</sup> El aumento de la tasa de interés trajo aparejado que en 1.996, según datos aportados por el Banco Mundial América Latina halla abonado en conceptos de servicios de la deuda \$648.000.000.

<sup>28</sup> La Doctrina Drago fue anunciada en 1902 por el Ministro de relaciones exteriores argentino Luis María Drago, en respuesta a la renuncia de los Estados Unidos a ejecutar la Doctrina Monroe durante el bloqueo naval contra Venezuela. Establece esta doctrina jurídica que ningún Estado extranjero puede utilizar la fuerza contra una nación americana con la finalidad de cobrar una deuda financiera. Provino de las ideas de Carlos Calvo, en Derecho in-

haber ni expansión territorial, ni presión ejercida sobre los pueblos del continente por el sólo hecho de una desdichada situación financiera que obliga a una de las partes a diferir el cumplimiento de sus obligaciones. Las características de la deuda permiten el planteamiento de cuestiones tales como su ilicitud, estado de necesidad, acto de estado, inmunidad de estado, y legitimidad debido a que fue contraída por un gobierno que carecía de legitimidad institucional, por lo que sólo podría ser comprensiva una porción, vicios del consentimiento, irregularidad en las causas: debido a la novación y a algunas nulidades.

Vale destacar que el deudor tiene características particulares que debieran asegurarle algunos beneficios. Se trata de un Estado soberano, lo que implica que transita por el bien común a diferencia del interés particular de las organizaciones. No puede un Estado ser ejecutado, en virtud de ello debiera poder elegir el modo y el tiempo para formalizar el pago, tal como lo sostiene la Doctrina Drago.

Sabido es que la Doctrina Drago data de una célebre nota que, en diciembre de 1902; el Dr. Luis María Drago, entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Presidente Julio A. Roca, dirigió al Dr. Enrique García Merou; quien se desempeñaba como Ministro Plenipotenciario argentino en Washington. La misma fue cursada a fines de instruir al representante argentino de la posición que debía esgrimir la República Argentina frente al Departamento de Estado Norteamericano ante la intención de varias potencias extranjeras de disponer la intervención armada en la República de Venezuela porque ésta había incumplido el pago de operaciones del crédito público<sup>29</sup>.

## **Organización judicial para enfrentar esta realidad delictual**

Modernamente hay más interés en estos temas, donde ingresan en consideración no sólo cuestiones referentes a política-criminal, técnicas jurídicas de tipificación, sino también, entre otras muchas, cuestiones económicas, sobre todo de economía de mercado y sociales. En la actualidad, la criminalidad económica ha tenido más importancia y notoriedad, ya que empresarios, directores de empresa y hombres de negocio son sometidos a proceso penal. Es parte de un gran fenómeno mundial que se ha venido denominando Globalización, que

---

ternacional teórico y práctico de Europa y América. La Doctrina Calvo proponía prohibir la intervención diplomática cuando hubiera pleitos entre partes de distintos países, hasta que no estuvieran agotados los recursos locales. Resultó ser una respuesta a las acciones del Reino Unido, Alemania e Italia, quienes impusieron un Bloqueo Naval a Venezuela a finales de 1902, en respuesta a la gran deuda externa de Venezuela que el recién llegado presidente Cipriano Castro se negaba a pagar. <http://es.wikipedia.org/wiki/1902>

<sup>29</sup> Sobre el tema, entre la variada literatura consultada al respecto ver a: Vanossi, Jorge Reinaldo en "Luis María Drago y la deuda pública externa latinoamericana", E.D. 123: 800; Díaz Cisneros, César, Derecho Internacional Público, 2ª edición actualizada, Tomo I, ed. TEA, Bs. As., 1966, págs. 546 sigs.

apunta a un mercado económico libre, con reglas de juego muy claras; e incluso se ha buscado una racionalización del Derecho penal, para que se adapte a estas nuevas exigencias de protección penal del orden económico. Esta globalización de la economía crea más riesgos, desde el punto de vista de la actividad humana, lo que ha generado en este aspecto una criminalidad económica organizada.

La Administración de Justicia opera a un ritmo extremadamente lento, las causas se acumulan generando una inevitable congestión, esto origina una selección arbitraria de procesos que se tramitan sin un orden determinado, por lo que se resuelven empleando demasiado tiempo, produciendo una sensación de malestar social en contra del Poder Judicial y sus operadores

Es notable que cuando se critica al Poder Judicial por su ineficacia para descubrir y perseguir a los delincuentes económicos, las críticas a la organización judicial se refieran predominantemente a la falta de recursos físicos y técnicos. Normalmente, las quejas aparecen por la falta de edificios y material para realizar esta labor. Sin embargo lo más grave es la falta de jueces y fiscales, la falta de cuerpos técnicos especializados con los cuales perseguir la delincuencia económica y organizada. Este déficit aparece encubierto por el modo perverso en que se ha provisto el personal de los juzgados. Finalmente, los cuerpos técnicos periciales tiene una exigua dotación, simbólica, de peritos especializados para atender los peritajes ordenados por todos los jueces asignados en este campo.

Resulta paradójico pensar que muchas tareas que corresponderían a los jueces, fiscales y peritos, puedan de hecho, ser realizadas por personal dependiente no especializado. Es aquí, justamente, donde aparece como relevante la creciente aparición de tribunales competentes e idóneos, para actuar en los distintos fueros que se ocupan de esta novedad delictiva. Al momento que se agudiza excesivamente los casos de delitos económicos; debido a la complejidad de los casos en investigación, y en especial, por las dificultades dogmáticas de imputación; la impunidad del delincuente juega con una ventaja prácticamente insuperable. Resulta absurdo pensar que un empleado judicial, lego en esta materia, se halle en condiciones de recolectar, eficazmente elementos de prueba relativas a una defraudación tributaria o de subsidios, a una administración fraudulenta de un banco, y/o al mismo tiempo, fusionar casos de hechos relevantes de responsabilidad por omisión impropia, caso de empresarios responsables de delitos cometidos por sus dependientes. Ello ocasiona que sólo se recojan pruebas en casos de delitos de menor complejidad.

Este factor de riesgo, sin duda, reposa en la naturaleza del objeto del proceso y por las razones expuestas, se hace necesario una reestructuración en la administración de justicia acorde a las nuevas necesidades y nuevos tipos delictivos.

Este modo de estructura del sistema de persecución penal favorece los procesos de selectividad de modo que se investigan sólo los casos simples y se descartan los complejos. La rigidez del sistema judicial de asignaciones no sólo impide destinar a los casos más complejos e importantes del sistema un mayor caudal de recursos humanos y materiales, también al mismo tiempo, impide elegir cualitativamente las personas que, conforme al caso, son más idóneas para averiguarlo. Esta rigidez es fatal para la eficiencia de la persecución penal en los casos de la criminalidad económica. Tradicionalmente se pensó el proceso penal sobre la imagen de un Estado inquisitivo, todopoderoso en medios técnicos, frente a un delincuente individual técnicamente disminuido ante la acusación. Frente a la delincuencia económica esa imagen es absurda.

La circunstancia de que en la mayoría de los delitos de guante blanco no sea posible individualizar una víctima concreta, trasunta como corolario que muchos delitos ni siquiera sean conocidos ya que no existe quién concretamente los denuncie. Esta clase de factores de selección fáctica no es legalmente controlable ni responde a políticas que pueda adoptarse organizadamente. Pero junto a este grupo de factores, otros actos de selección fáctica se dan al amparo de las normas que estructuran el proceso y la organización judicial. Estos no son verdaderos casos de selección normativa, sino que la selección de los casos se produce de hecho, pero como consecuencia de la ineficacia del régimen jurídico que los regula.

A diferencia de los señalados anteriormente, el Derecho Procesal y el de Organización Judicial, pueden configurarse de manera tal que hagan más controlables esos factores de selección.

En el procedimiento criminal se regulan, predominantemente, actos que deben ser cumplidos por el juez de instrucción y por el juez del plenario. La relación numérica que existe entre la cantidad de casos sometidos a la competencia de estos tribunales conlleva la evidencia de que los jueces no pueden atender de modo personal todos los casos que se les presentan. Es decir, los procesos de selección ya no están en manos de quién ha elegido la sociedad para realizarlos. Para colmo la rigidez y la burocratización del proceso son tales que los jueces no gozan de independencia, por el contrario, son dependientes de la estructura burocrática de la organización de la justicia. Esta es una consecuencia directa del procedimiento escrito y de la rigidez del sistema judicial penal.

La ausencia de una clara reglamentación en materia de administración de recursos humanos genera dificultades en procesos de selección y designación de personal auxiliar o de apoyo. Se espera que con la vigencia e implantación de un sistema integrado de la carrera judicial y administrativa, superen estas y otras situaciones.

Estamos asistiendo, en los últimos años, a una transformación de la justicia en lo que hace a sus funciones, metas y posibilidades. Aquí considero pertinente resaltar que el proceso reformador de 1994, nos ha dejado una serie importante de modificaciones introducidas en lo que se ha dado en llamar, el ámbito de la magistratura constitucional.

La misma ha introducido importantes matices de cambio respecto del modo de selección de los magistrados, a partir de la intervención del flamante Consejo de la Magistratura, organismo que ha dejado de ser, como lo era hasta antes de sancionarse la ley que lo regula, meramente asesor, ya que ahora seleccionará a los candidatos para las Magistraturas inferiores a la Corte Suprema de Justicia mediante concursos públicos, debiendo elevar una propuesta en terna al Poder Ejecutivo, con carácter vinculante, quien no podrá apartarse de ella para su nombramiento. Asimismo está encargado de la Administración del Poder Judicial.

### **Selectividad de los casos**

Ello no implica, desde nuestra perspectiva de análisis, que esta contingencia solucione otros problemas coyunturales en nuestro modelo de administración de justicia.

La selectividad de los tribunales respecto de los casos más sencillos es una selectividad de hecho que responde a la estructuración normativa del sistema de persecución penal. Aquí pesan tanto la falta de asignación de medios por encima de las posibilidades materiales de investigación. Por estas consideraciones se debe reducir la tarea de los tribunales a la función de juzgar y garantizar los derechos individuales descargándolos de la función de llevar adelante la persecución penal mediante la investigación preparatoria.

Para que los defectos de la investigación judicial no sean simplemente transferidos a la investigación fiscal preparatoria, es necesario que al mismo tiempo, se reorganice el Ministerio Público para hacerse cargo de la prevención penal, dotándolo de recursos humanos y medios y estableciendo criterios más flexibles de asignación de los casos. En este sentido es necesario contar con una regulación que permita asignar a un caso uno o más fiscales de acuerdo a la complejidad que éste presente.

Un sistema penal asentado sobre una teoría absoluta de la pena debe perseguir todos los delitos que se descubran. En un sistema tal los órganos encargados de la

promoción de la acción penal están sujetos a perseguir obligatoriamente todo delito de acción pública. Este deber se expresa bajo el principio procesal de la legalidad. Un sistema penal orientado hacia la obtención de ciertos fines, es decir, que repose en una concepción preventiva o mixta de la pena, no debe perseguir necesariamente a todo delito, sino en la medida que ello sea necesario o útil para alcanzar esos fines. En un sistema tal los órganos encargados de la promoción penal tienen cierta discrecionalidad para decidir cuáles hechos habrán de perseguir. Esta discrecionalidad se expresa bajo el principio procesal de oportunidad. La discusión sobre la conveniencia de adherir a uno u otro principio encubre en gran medida la discusión acerca del sentido de la pena estatal.

Sobre la base de la comprobación del hecho que los órganos de promoción de la persecución penal no están en condiciones de promover la investigación de casos difíciles, alguna doctrina y uno de los proyectos de reforma bajo consideración del Congreso ha propuesto abandonar el principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, se aduce que el principio de oportunidad sería de gran utilidad para hacer más efectiva la lucha contra la criminalidad económica, pues permitiría restar complejidad a los casos seleccionados reduciendo la persecución penal a uno o varios delitos de un complejo de comportamientos delictivos para conseguir una condena posible y suficiente en un tiempo relativamente breve, deduciendo de la persecución penal aquellos delitos, o meras clasificaciones penales, que no agreguen demasiado al juicio sobre la pena y que sin embargo, complican el procedimiento por su cantidad o por la dificultad de su prueba.

Aun en el caso de que se reforme la ley procesal, admitiendo criterios de oportunidad, es necesario señalar que no es legítimo emprender una asignación de esfuerzos basada en el criterio, simplista, según el cual el principio, debería permitir una selección de los delitos económicos más graves permitiendo desistir de la persecución penal respecto de otros delitos, económicos o comunes, en atención a su levedad. Si se privilegia a los delincuentes menores, a los llamados 'ladrones de gallinas', para perseguir más tenazmente a los delincuentes de cuello blanco, el efecto estabilizador de la conciencia jurídica de la comunidad en la vigencia y efectividad de sus normas corre serios riesgos y puede recrearse nuevamente una imagen no igualitaria del sistema penal. Ello es, además evidentemente más problemático, si se tiene en cuenta que la mayor parte de la delincuencia económica consiste en infracciones menores que demuestran que junto con los grandes delitos de cuello blanco, esta clase de delincuencia se presenta como un fenómeno de masas. En estos casos el principio de oportunidad debería reservarse perfectamente para los casos de complejidad de hechos y dificultades de prueba.

El Derecho penal económico constituye hoy en día un ámbito de extraordinaria importancia en la dogmática penal, sin duda, por la preocupación cada vez mayor de los legisladores por la criminalidad vinculada al sistema mercantil y financiero, en la que la empresa y el empresario como agentes económicos, tienen un rol protagónico especial porque en torno a ellos y a la actividad empresarial tiene lugar, básicamente, la delincuencia económica.

En estos delitos, el principal interés que se lesiona es el interés en que no se vulneren las normas y éste es el verdadero interés que se protege en las normas penales, pero también hay conductas que podríamos asociar bajo el título de corrupción económica que tienen mucho que ver con la empresa, como es el caso, de las entregas de dinero en forma de ayuda a partidos políticos, a veces vinculadas a determinadas prácticas sobre las que no deberían influir aquéllas y el blanqueo de dinero, tan difundida en distintos medios de nuestro país.

Por último en el tema, el potencial peligro que suponen estas actividades se puso duramente de manifiesto en los últimos años donde quedó demostrada la conexión de capitales, producto del tráfico de drogas, con la financiación del terrorismo internacional y los intentos de desestabilización de algunos países. Al respecto nuestro país debe ofrecer una más adecuada respuesta preventiva y represiva integral que permita significativas transformaciones en las modalidades de investigación y estrategias policiales y judiciales en aras del combate frente a este tipo de criminalidad.

E-mail: [mec@mariocorigliano.com.ar](mailto:mec@mariocorigliano.com.ar)  
[mario\\_cori@yahoo.com.ar](mailto:mario_cori@yahoo.com.ar)