

PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA

Dr. MARIO EDUARDO CORIGLIANO

“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 – Depalma.

DELITOS DE CUELLO BLANCO.

Fue Edwin H. Sutherland quien concentró sus esfuerzos teóricos en encontrar una explicación al fenómeno de la criminalidad de las clases superiores, denominado "Delito de cuello blanco" y modificar la noción de que la delincuencia era sólo perteneciente a la clase baja. Si bien se atribuye a este autor el mérito de profundizar en los aspectos criminológicos, no podemos decir que innovó en cuanto al campo de estudio; es decir relacionar a las clases superiores con la actividad delictiva.

Uno de sus antecesores fue Morris, quién en 1934 focalizó sus investigaciones en quienes "a causa de su posición social, su inteligencia y técnica para el crimen están en condiciones de moverse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena". A este grupo lo denominó "*Criminals of the upperworld*"

La influencia más destacada fue la de Veblen, 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 arriesgaba menos porque se mantenía más alejado del conflicto legal.

Este autor se caracterizó por mantener un discurso anticapitalista centrado en la cuestión social.

Asimismo otros estudiosos hicieron su aporte original al tema, entre los que contamos con Wright Mills quien utilizó el término para denominar a la clase media, Pietro Paradiso, entre otros. Hay que reconocer que estos trabajos no profundizaron sobre el tema de la criminalidad.

I. Concepto:

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.

El objeto de estudio seleccionado causó en su tiempo un impacto revolucionario pues permitió vislumbrar claramente las falencias o contradicciones intrínsecas al sistema penal. Obligó a afrontar ciertos problemas de fondo de 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 de que la ley penal se aplicaba diferenciada y selectivamente.

El contexto en el que se desarrolló este concepto fue especialmente propicio para que su estudio captara la atención social. Estados Unidos se caracterizaba por el 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 resulta causal, entonces, que criminólogos destacados se dedicaran al estudio del "crimen organizado". La Escuela de Chicago, de donde surge Sutherland, se caracterizó porque seleccionó como objeto de estudio a las ciudades.

II- 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 justicia penal.

III- Críticas terminológicas:

Debemos aclarar, por otra parte, que los estudiosos de la criminalidad económica, marco en el que se desarrollan estas conductas, no mantienen un criterio unívoco de denominación. Así encontramos que se utilizan 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 a este concepto 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.

Por otra parte autores como 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.

Realiza también objeciones que considera sustantivas. 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. Sostiene que la relación entre crimen y empresa no se circunscribe a quienes tienen posiciones ejecutivas y que hubo un aumento considerable de la población empleada en puestos de "cuello blanco".

IV- Sutherland y "EL DELITO DE CUELLO BLANCO":

En su libro presentado en 1939, abarca y desarrolla tres grupos temáticos.

1- El problema del delito de cuello blanco: señala que 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 relevantes conflictos

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 socioeconómica alta, con poder económico y político, e influencias en los órganos encargados de la administración de justicia. Ésto 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 defensa. Asimismo los operadores jurídicos se muestran muy parciales a la hora de encargarse de este tipo de delitos. 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, en el comercio, etcétera.

Sin embargo a pesar de todo lo dicho se sabe que los costos financieros son mucho más altos que los de otros delitos.

V-El informe estadístico:

Tabuló las decisiones de los tribunales y las comisiones administrativas contra setenta de las doscientas mayores corporaciones, se incluían productoras, mineras y comerciales.

Entre ellas se advirtió diversos tipos de violaciones legales, entre las que se destacan las restricciones al comercio, falsa representación publicitaria, infracciones de patentes, marcas de fábrica, derechos de autor, prácticas laborales injustas, fraudes financieros y violación a la confianza.

Entiende que las causas de la distorsión de las estadísticas a la que previamente hicimos referencia puede estar dada porque muchas de las decisiones no fueron publicadas en las series de informes federales y estatales, muchas demandas son arregladas fuera del tribunal, la administración de drogas y alimentos no publicó sus informes con nombres de los autores, muchas de las empresas subsidiarias no aparecen. Debemos aclarar que utilizó para su estudio las decisiones tomadas por tribunales Administrativos arribándose a que el 16% de las empresas había actuado ilegalmente.

VI-¿Es un delito el delito de "cuello blanco"?:

Sutherland enmarca a los delitos comunes y a los de cuello blanco en un único concepto de delito. La característica fundamental del delito es que es 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 estos autores son delitos, pero que por la implementación de procedimientos especiales, se elimina o minimiza el estigma delictivo. Unido a ello existen factores de aplicación diferencial:

1- Los juicios a hombres de negocios combinan miedo y admiración, homogeneidad cultural con legisladores, jueces y funcionarios.

2- Se tiende a no usar métodos penales: probation, trabajo de casos, política educativa en las prisiones.

Sentimiento relativamente desorganizado del público hacia esta clase de delitos, sus efectos son difusos y que los medios masivos no expresan sentimientos morales organizados

VII-Justificación criminológica:

El concepto ideado por Sutherland supone un apartamiento radical de la criminología positivista implantada en Europa y se inscribe entre las teorías predominantes de su tiempo, no implica la ruptura con el modelo etiológico, es decir inspirado en las causas del delito y en una ambición correccionalista según la cual eliminadas o reducidas las causas, se reduciría el fenómeno criminal. Son distintas las teorías que trataron de explicar este tipo de criminalidad, pero podemos diferenciar dos grandes grupos:

VIII-Teorías de la personalidad del autor:

Si bien es 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 la desarrollan 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. Sus caracteres principales son: - *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.

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

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

- *Peligrosidad*: porque no valoran límites éticos.

- *Hipocresía*: son fríos y se muestran generosos.

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

Crítica: esta tesis no se adecua a la realidad, y no existe consenso en considerar al delincuente de cuello blanco como un enfermo.

IX-Teorías de orientación sociológica:

Sin dudas es a explicaciones de este tipo a las que se recurre a la hora de evaluar criminológicamente la conducta del delincuente de cuello blanco.

Advertimos que se ha tomado una selección de las teorías que consideramos más representativas.

X-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.

La formación criminal comprende tanto la enseñanza de técnicas para cometer infracciones simples o complejas, como la de aquellas necesarias a fin de "orientar las tendencias impulsivas" a nivel racional como de actitud. Ésto 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 otorga un carácter neutral.

El conjunto de valores a partir de los cuales se manifiesta el comportamiento criminal no 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 primer término 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 decir 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,

XI-Teoría de la Anomia:

La teoría de la anomia ideada por Robert Merton 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 lo 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 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, 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.

XII-Teoría del "Labelling Approach":

Esta teoría 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. Según Bajo Fernández sólo está capacitada para explicar la delincuencia tradicional.

XIII-América Latina:

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

Estos delitos son cometidos por personas que abusan de su posición política, social y económica para favorecer sus intereses económicos o de clase. Entre los más comunes se destacan 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 sociedad y cultura. "Nuestro margen" se caracteriza por poseer ordenamientos jurídicos obsoletos, permisivos y con graves lagunas legales, supuestos de no legislación, o ineficientemente legislados hacen presumir un interés de 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 en América Latina se extremó hasta convertirse en factor de inestabilidad política".

Antecedentes del Derecho Penal económico en la región:

Los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos necesariamente conformaron sistemas contradictorios surgidos de distintas etapas 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 a sus legislaciones imitando 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 América Latina:

Los delitos económicos cuentan para su tratamiento con una serie de dificultades tales como que carecen de organismos de control eficientes, en sede administrativa no hay personal especializado en la prevención, ni en sede judicial en la represión, la utilización del principio *societas deliquere non potest* permite en muchos casos desvincular a las sociedades, el uso casi exclusivo de penas privativas de la libertad, así como las ya descritas al tratar el tema de los delitos de cuello blanco. En este sentido el énfasis se dirigió a la punición de acciones lesivas de la libre competencia. Argentina, en 1946 sancionó la ley nro. 12.906 en la que se reprimen los monopolios, modificatoria de la 11.210 y creó el departamento de Defensa a la competencia. Hasta 1978 este organismo realizó 140 investigaciones de las que el 70% fue enviado a los tribunales. Sólo 50 casos obtuvieron sentencia y en sólo uno se condenó al infractor¹. En países como Brasil, Chile y Colombia, aunque con particularidades propias, sucedió que se caracterizaron porque sus instituciones administrativas eran ineficientes, con mayor preponderancia antes de 1970.

El incremento de conductas económicas consideradas delictivas se realizó con fuertes dificultades tanto objetivas como de mala técnica legislativa

En cuanto a la técnica utilizada, tanto para la codificación penal latinoamericana como para la legislación no codificada, se advierten numerosos ejemplos de delitos económicos en "los que la descripción de conductas prohibidas ha sido poco exhaustiva".

En otras oportunidades se ha abusado del casuismo, como en el caso argentino ² se han conformado frecuentemente leyes penales en blanco y de tipos abiertos. Ha sido común el establecimiento de presupuestos de punibilidad innecesarios o de muy difícil prueba, como el ánimo de lucro que exigía la ya citada ley Argentina 12.906, o condiciones objetivas de

¹ 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, y muy especialmente, 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. Citada pág. 160

² 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 que fuera primero sustituido por la Ley 21.898 y posteriormente por el Código Aduanero. Idem, pag. 162

punibilidad igualmente innecesarias ³. Constituyen instrumentos inapropiados de incriminación primaria por lo que se han arribado a condenas arbitrarias o no se han utilizado por ineficientes. Otro de los factores que los tornan ineficientes es la inexistencia de órganos jurisdiccionales especializados en materia penal económica⁴, o procedimientos específicos adecuados al objeto de juzgamiento.

Por otra parte tampoco han sido adecuados los sistemas de reacción latinoamericanos, con penas inadecuadas⁵ o excesivamente leves en algunos casos, tornándose excesivamente compleja la individualización de la pena al caso concreto, tomando como parámetro la función resocializadora es decir la prevención especial. Igualmente si se quiere fijar pautas retributivas.

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

Caracteriza como "reformista" 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, etc.

El segundo 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. La política criminal relacionada con la delincuencia económica puso de manifiesto una mayor actividad de los organismos estatales de control de monopolio, con la finalidad de evitar los abusos de poder, se

³ Ejemplo de esto es el reducido ámbito de incriminación de las corporaciones prevista en el art. 11 del Código Penal mexicano, que condiciona la aplicación de sanciones a las personas jurídicas, a que el juez lo considere necesario para la "seguridad pública", exigencia inconducente que torna al precepto de muy difícil operatividad

⁴ En la Argentina a fines de los años cincuenta se crearon tribunales en lo penal económico.. Si bien constituyen una excepción a la regla Righi advierte varias críticas de las que son pasibles

“-el criterio adoptado para la delimitación de su competencia (entienden en procesos que no necesariamente deben ser considerados delitos económicos, al menos desde una perspectiva estricta, concentrando la gran mayoría de sus investigaciones, y juicios en las causas por delitos que se cometen mediante libramiento de cheques)

-La estructura organizativa es similar a la del resto de la justicia criminal. (por lo que el fuero no fue dotado de elementos que resultarían funcionales para el esclarecimiento de hechos de especial complejidad)

-el exceso de causas”

⁵ En este caso hay que tener en cuenta que la prisión es la pena más utilizada a pesar de todas las críticas que se le han formulado

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 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.

En este sentido en Argentina se advierte desde 1976 una "mayor actividad del Departamento de Defensa de la Competencia, una mayor celeridad en la actividad procesal. Este "rendimiento relativo 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 la ley 4137 no había operado con relativa eficacia hasta 1973, sobre todo en investigaciones a productores para el mercado interno en los que existía concentración⁶. En el caso chileno, también se nota un mayor control a mediados de los años setenta, (consecuencia del golpe de Estado de 1973). "Las medidas económicas que supusieron la eliminación o flexibilización de los controles de precios y la reducción de la protección arancelaria, destinadas a restablecer el mercado en un régimen de libre competencia, estimularon desde 1974 un uso más intenso de la legislación sobre prácticas restrictivas".

Argentina:

En materia de defensa de la competencia la Argentina contó con la ley 22.262 de defensa de la competencia, que fue dictada por el gobierno militar, se aplicó en un contexto económico político donde predominó el liberalismo económico, con todas sus características.

Su objetivo principal consistía en operar preventivamente. Se previó la actuación de organismos administrativos especializados, facultados para actuar con gran flexibilidad de acuerdo al funcionamiento del mercado. Se creó así la Comisión de Defensa a la Competencia, organismo que debía evitar que las actuaciones lesivas se prolongaran en el tiempo por los que podían iniciar procesos preventivos, entre otras facultades. Tenía jurisdicción en todo el país y no dependía del Ministerio de Economía.

En cuanto a los resultados obtenidos por esta comisión se destaca el estudio realizado a diversos mercados⁷ que por su heterogeneidad hacen suponer que no existía una política orientada a

⁶ Ejemplos: productos químicos, alimentos y bebidas. Productos electrónicos y neumáticos. También ha investigado el poder de mercado de ciertas empresas y carteles.

⁷ Como el de la arena (9 casos), servicios fúnebres (6), bebidas sin alcohol, gas, aranceles, medicamentos y servicios clínicos(5) envases y servicios (4) venta de diarios, soda y farmacias(3) pan, locaciones temporales, transporte de cargas, equipos de computación, amianto, telecomunicaciones, publicaciones, papel prensa, vinos, hielo en bolsitas(2), y azúcar, taxis, neumáticos, cigarrillos, formularios, centros petroleros, filtros de aceite,

evitar la concentración económica en un sector específico de actividad, toda vez que esa era su función principal: **evitar la concentración económica.**

De todas formas no en todas las épocas actuó de igual modo, viéndose recién a partir de 1996 una reactivación de su función y ayudó a desarrollar hipótesis orientadas a justificar la inacción anterior, intentando echar culpas a las crisis inflacionarias y a la "distorsionada actividad del Estado en la economía", debido a que no se consideraba compatible la defensa de la competencia con una "economía cerrada", con la regulación de precios, ni con una economía estatizada.

-Periodo de la dictadura (1981- 1983), tuvo escasa actividad y magros resultados⁸.

-Periodo del primer gobierno democrático (1984 - 1989), el promedio descendió y por lo tanto también lo hizo su incidencia en el control de los mercados⁹.

-Periodo del primer gobierno de Menem, durante este periodo disminuyó aún más la actividad de la "Comisión"¹⁰.

Si bien la actividad aumentó a partir de 1996 no fue suficiente¹¹, debido a que igualmente siguió bajando el porcentaje de sanciones, ya que alcanzó al 16 %. Si se analizan cualitativamente los "casos" correspondientes a este período se advertirá un resultado similar al anterior y por ende configura una tendencia permanente del instituto ¹².

aire, equipos de audio, molinos harineros, trépanos, máquinas y herramientas, materiales de construcción, frutas y hortalizas, licitaciones, productos alimenticios, caños, anuncios publicitarios, plantas faenadoras, empresas cerveceras, mercados de productores, carbón de coque, caucho sintético, publicidad, transporte, radiodifusoras, metanol, hilados, soda cáustica, plásticos, estibas, libretas escolares, yerba mate, hojas de afeitar y automotores, sólo un caso de cada sector.

⁸ intervino en 31 casos, lo que representa un promedio de 10.3 casos por año, aplicó sanciones en 23 casos, llegó a compromisos en 2 y desestimó 6 denuncias

⁹ intervino en 44 casos, lo que representa un promedio de 7.3 casos por año. Aplicó 17 sanciones, llegó a 3 compromisos y desestimó 24 denuncias

¹⁰ Intervino en 23 casos, lo que representa un promedio de 3.8 casos por año. Aplicó sanciones en 7 casos, desestimó 13 denuncias y utilizó el "compromiso" en 3 oportunidades.

¹¹ En el periodo 1996/7 la Comisión investigó 32 casos, lo que implica que el promedio de actividad subió a 16 casos por año, se aplicaron 5 sanciones, se celebraron 2 compromisos y se desestimaron 25 casos.

¹² La estadística registra solo 3 casos de exclusión de competidores, correspondientes a distintos sectores de actividad, como: a) diarios en el caso de la denuncia de Ámbito Financiero contra Egea; b) jabón en polvo en el caso Procter y Gamble contra Unilever y otros y c) cinematografía en el caso de Cinematográfica Olmo contra Buena Vista, Columbia, Tristar y otros.

Se investigaron 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 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 vinculado a la venta de gas licuado, f) Fecha c/Eg3, al sector de combustibles líquidos y g) Torneos y competencias s/ inf. Ley 22.262 relacionado con televisión.

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 la reforma de 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 (párrafo segundo).

La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y el decreto 1019/99:

Se considera a los mercados como bienes de "carácter público" debido a que su distorsión podría afectar el interés económico general y el bienestar de los consumidores. De este modo la ley fija el modo en el que podrá iniciarse el proceso administrativo previsto "por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada" (art. 26), mas 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 conviene admitir la legitimación de la víctima a fin de no menoscabar sus derechos.

En cuanto al bien jurídico protegido puede consistir tanto en bienes colectivos, como sería una infracción al orden económico como un bien jurídico individual, tal 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". Asimismo, pune 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 enumera no 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 demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto" Enumera otros trece supuestos¹³ que

¹³ Estos supuestos son:

1. Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios.

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 ley 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 las siguientes circunstancias para determinar 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. Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento.

3. Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos.

4. Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios.

5. Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste.

6. Fijar, imponer o practicar directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción.

7. Regular los mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución.

8. Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien.

9. Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

10. Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes y servicios, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

11. Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate.

12. Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado, a un prestatario de servicios públicos o de interés público.

Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales, con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios

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) hasta ciento cincuenta millones (\$150.000.000), 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 posibles 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 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.

XIV-LEGISLACIÓN COMPARADA:

En el orden de la legislación comparada debemos destacar por la influencia en nuestro medio al Derecho antitrust norteamericano. 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 monopólica¹⁴.

La *Sherman Act* fue sancionada en 1906 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:

¹⁴ Ejemplo: Standard Oil Company Rockefeller, 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.

1-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.

2-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. Asimismo se preveían sanciones y se facultaba a los tribunales para impedir estas prácticas. 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 monopolios¹⁵.

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 Mundial¹⁶, Estados Unidos se erguía como el único país con superávit en su balanza de pagos y con una economía intacta. Estos

¹⁵ 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.

¹⁶ Surgieron a partir del acuerdo de Breton Woods.

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. 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 sufre 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 1982, 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 con anterioridad permite advertir que por un lado 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 centrales¹⁷ y permite la concentración del ingreso en manos de pequeños grupos económicos¹⁸. 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 resultaría 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 deudores¹⁹, entablar una relación autónoma con la banca acreedora²⁰, adhesión al plan Brady²¹, entre otros.

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 deuda²² 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, que tiene carácter internacional sostiene que no debe 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.

¹⁷ América latina se ha convertido en un exportador neto de capital lo cual constituye una situación insostenible e injusta.

¹⁸ 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.

¹⁹ Este mecanismo fue intentado por la Argentina en 1.984, pero no surtió efecto.

²⁰ Tal es el caso de Brasil y México.

²¹ 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.

²² 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 648.000.000.000 (intereses).

Por último vale destacar que el deudor tiene características particulares que debieran asegurarle algunos beneficios, se trata de un estado soberano, lo que implica que boga por el bien común, a diferencia del interés particular de las organizaciones. No puede un estado ser ejecutado, en virtud de esto debiera poder elegir el modo y el tiempo de efectuar el pago (tal como lo sostiene la doctrina Drago).

Delegación de los actos procesales:

Es notable que cuando se critica el procedimiento escrito por su ineficacia para descubrir y perseguir a los delincuentes económicos, las críticas a la organización judicial se refieren predominantemente a la falta de medios físicos y técnicos. Normalmente las quejas son por la falta de edificios y computadoras. Sin embargo lo más grave es la falta de jueces y fiscales, la falta de cuerpos técnicos especializados con los cuales perseguir los delitos de cuello blanco. Este déficit aparece encubierto por el modo perverso en que se ha provisto el personal de los juzgados. En los Tribunales de la Capital Federal competentes para juzgar delitos económicos por cada juez de primera instancia hay una estructura burocrática conformada por secretarios -con título de abogado- y personal administrativo y técnico que no requiere título habilitante, asignados a funciones judiciales; y que son muestra evidente de la existencia de delegación. El gran número de personal con el que deben manejarse los magistrados evidencia que es este personal el que en realidad realiza la mayoría de los actos procesales que por ley están encomendados a los jueces. Por el contrario, la posibilidad de delegación es menor en el caso de las fiscalías que carecen prácticamente de personal subalterno. Lo que no es posible determinar es hasta que punto el número de fiscales existentes podría tomar a su cargo un rol más activo en la averiguación de los delitos económicos. Finalmente los cuerpos técnicos periciales sólo tiene una dotación simbólica de peritos contadores oficiales y peritos tasadores para atender todos los peritajes solicitados por todos los jueces de la Capital Federal.

Es cierto que muchas tareas que corresponderían a los jueces, fiscales y peritos pueden de hecho ser realizados por el personal subordinado. Pero aquí justamente aparece la vinculación entre procedimiento escrito-dotación de los tribunales-delegación y selectividad. Por un lado la delegación deja en manos del delegado la recolección de las pruebas del proceso. Esa recolección se hace fundamentalmente, sobre la base de las estructuras relevantes que proporciona el derecho penal material, y en especial, los tipos penales y las reglas que establecen bajo que condiciones se aplicará una pena. Cuando esa recolección queda en manos de quién no está técnicamente dotado para comprender esas reglas se produce una selección fáctica que termina generalmente en la impunidad. Ello se agudiza sobremanera en el caso de delitos económicos, por la complejidad de los actos que generalmente lo constituyen, y en especial por las dificultades dogmáticas de imputación. En esos casos la impunidad del delincuente de cuello blanco juega con una ventaja prácticamente insuperable. Es imposible imaginar que un lego está en condiciones de recolectar eficazmente pruebas relativas a una defraudación

tributaria o de subsidios, o a una administración fraudulenta de un banco, y al mismo tiempo que puede identificar cuáles son los hechos relevantes que deben probarse para constituir, por ejemplo, responsabilidad por omisión impropia del empresario por no evitar los delitos de sus dependientes. De tal manera sólo se recogen pruebas en el caso de los delitos más simples. Un segundo factor de selección reposa en la naturaleza del objeto del proceso. A diferencia de lo que ocurre con los textos, la comprensión en el proceso se proyecta sobre un objeto fugaz. Aquí el lenguaje opera selectivamente. La palabra hablada no puede desprenderse de la situación en la que es pronunciada y escuchada, la captación selectiva de la información, que existe en todo uso del lenguaje es sensiblemente más aguda en el hablar y escuchar que en el escribir y en la lectura. En consecuencia la delegación tiene un segundo efecto selectivo, el juez sólo tomará en cuenta lo que consta en las actas, pues ninguna prueba se realiza ante sus ojos. La selección de lo que consta en el acta y de lo que quedará fuera del proceso, estará en manos del delegado. En un proceso por el hurto de un auto-stereo la selección será probablemente más irrelevante que la que se produce, por ejemplo, en un juicio por transferencia fraudulenta de créditos fiscales inexistentes, o en las defraudaciones que se cometen mediante las contrataciones de seguros de cambio por operaciones simuladas. Por las razones precedentemente expuestas, la sustitución del procedimiento escrito por el del juicio oral, y de la reestructuración de la administración de justicia de modo que se modifique la relación existente entre número de jueces y personal técnico dependiente poniendo materialmente en manos de jueces y fiscales las tareas que por ley formal se le asignen.

La investigación preliminar está, de hecho, de modo exclusivo sujeta al poder discrecional del juez por el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal. El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal queda a cargo del agente fiscal y por el art. 194 el juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196. Se puede afirmar que el fiscal sólo juega en la instrucción un rol secundario, de controlador de la legalidad de los procedimientos de recolección de pruebas y es prácticamente poco lo que puede aportar por sí para el esclarecimiento del proceso. Para colmo la discrecionalidad del juez es tan amplia que por el artículo 199 las partes podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles; y su resolución será irrecurrible. Además los fiscales interpretan restrictivamente al artículo 188 del Código Procesal Penal, cuando creen cumplir con su deber de promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos requiriendo a los jueces de instrucción, que sean ellos los que produzcan las pruebas relevantes, sin solicitar medidas ante cualquier otra autoridad inferior, a lo que están legalmente habilitados a hacer.

Este modo de estructura al sistema de persecución penal favorece los procesos de selectividad de modo que se investigan sólo los casos simples y se descartan los complejos. En efecto, los recursos humanos y materiales para investigar delitos son medios escasos

mal aprovechados. La investigación preparatoria puesta a cargo del juez de instrucción se lleva a cabo con los mismos recursos, se trate de un caso complejo e importante o uno sencillo e insignificante. 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, sino que 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. Un juez de instrucción investiga un caso con multiplicidad de hechos delictivos y partícipes que disponen de medios económicos y técnicos infinitamente mayores que los del juez. Tampoco es irrelevante señalar que este tipo de delincuencia tiene acceso a los mejores estudios de abogados. De este modo la imagen del Leviathán se transforma en la imagen de David frente a Goliath.

La circunstancia de que en la mayoría de los delitos de guante blanco no sea posible individualizar una víctima concreta tiene como corolario que muchos delitos ni siquiera sean conocidos porque 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 y conforme a algún criterio rector de la autoridad encargada de la persecución penal. 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.

Procedimiento escrito versus oral:

En Argentina la disputa entre los partidarios del procedimiento escrito y el procedimiento oral no llega nunca a su fin. El procedimiento escrito favorece ciertos procesos de facto de selección que conspiran especialmente contra la eficaz persecución de delitos económicos.

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 los tribunales, y la cantidad total de jueces criminales, lleva a la demostración de que los jueces no pueden atender de modo personal todos los casos que se les presentan. En un procedimiento oral el juez que se ve absolutamente sobrepasado en la atención de los casos tiene dos posibilidades, renunciar o atender exhaustivamente todos los casos, o atender sólo los que según su criterio merecen su actividad jurisdiccional, dejando simplemente prescribir la acción penal en el resto. Por ejemplo en

las Cámaras de Enjuiciamiento de las Provincias de Córdoba se produce esta selección por vía de paralización del debate en las causas en las que no hay detenidos. En un procedimiento escrito el juez tiene una tercera alternativa: delega en sus subordinados la realización de actos que por ley sólo a él están encomendados y cubre la formalidad firmando actos que han sido realizados por y ante otros.

Las declaraciones, la orientación de la investigación, las decisiones sobre el procesamiento y libertad de las personas, están en primer lugar en manos de quién no es juez, en otras palabras de quién no está habilitado ni constitucional ni legalmente para realizar los actos que de hecho realiza. Es decir que los procesos de selección ya no están en manos de quién ha elegido la sociedad para realizarlos, sino en manos de otros. Para colmo la rigidez y la burocratización del proceso son tales, que los jueces no gozan de independencia, al contrario, son dependientes de la estructura burocrática de delegación. La delegación es una consecuencia directa del procedimiento escrito y la rigidez del sistema judicial penal. El juicio oral impide la delegación. Allí los jueces no pueden delegar nada, todo debe pasar ante ellos. Sin embargo esta ventaja sólo es evidente en cuanto se refiere a esa etapa. En la etapa de la investigación preliminar el riesgo de la delegación continúa latente, pues sigue estructuralmente al sistema de instrucción preliminar del procedimiento penal, a cargo del juez.

Selectividad de los casos:

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 complejos, alguna doctrina y uno de los proyectos de reforma bajo consideración del Congreso ha propuesto abandonar el principio de la legalidad.

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: -concurso ideal- 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.

Principios de Legalidad y de Oportunidad:

Tanto el principio de legalidad como el de oportunidad presentan factores de peso que no pueden ser ignorados. En favor del principio de legalidad puede sostenerse que: 1) es igualitario, mientras que la explicación selectiva y oportunista de las normas lleva a debilitarlas, y en consecuencia a debilitar el aspecto estabilizador de la sociedad (preventivo general positivo); 2) el principio de oportunidad se aplica en el periodo de instrucción, de modo que los criterios concretos de oportunidad no son conocidos por el público, lo que deja a la oportunidad fuera del ámbito del control del público. En contra del principio puede sostenerse que: 1) el principio de legalidad parte de una concepción idealista de la realidad. La cifra negra de la criminalidad es la demostración de que el derecho penal no se aplica igualitariamente, pues además de los factores que llevan a que un hecho nunca sea conocido, existen otros procesos fácticos de selección, no controlados, que impiden la actuación de la ley penal; 2) las normas de derecho penal material no operan automáticamente en la práctica: ciertas secuencias del procedimiento dependen especialmente de un criterio de oportunidad no formalizado en reglas procesales pero insustituible; ejemplo de ello es la discrecionalidad de un juez en la determinación del estado de sospecha para someter a proceso a una persona, o la duda para absolver por aplicación del principio in dubio pro reo; 3) el proceso penal no está obligado a la indagación a toda costa de la "verdad material", sino, más bien a la indagación de la verdad por "vías jurídico formales" que limitan la actuación del derecho penal como las prohibiciones probatorias y la regla de la exclusión; 4) los recursos personales y materiales de las autoridades encargadas de la instrucción siempre resultarán escasos y el principio de legalidad no podrá evitar que ellas desarrollen su actividad en forma selectiva de conformidad con los criterios no institucionalizados y exentos de control.

Mediante el principio de oportunidad se tiende a facultar al órgano de persecución penal o a la víctima a que, por su voluntad unilateral, decidan la subsistencia de la acción penal o el abandono de la misma. Este principio tiene que conectarse necesariamente con la idea de subsidiariedad del derecho penal, es decir, que éste es la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y que sólo es lícito recurrir a él cuando otras sanciones jurídicas menos incisivas aparezcan insuficientes para mantener la confianza en el derecho y la paz social. esta idea privilegia la solución de conflictos por medios no penales, fomentando procesos compositivos que favorezcan la reconciliación con la víctima y con la sociedad, en especial tomándola en cuenta y fomentando la prevención-integración.

Estas tendencias a formalizar el principio de oportunidad favorecen sin duda la capacidad operativa del sistema penal, en la medida que le permite a los órganos encargados de promover el enjuiciamiento prescindir de su promoción o continuación en los casos en los que los criterios de oportunidad así lo indican. En ese sentido el principio de oportunidad institucionaliza la selectividad que bajo el principio de legalidad se practica de facto. La institucionaliza pues en rigor de verdad el sistema de persecución penal fundado en el principio procesal de legalidad aplica de facto el principio de oportunidad. En el caso de los delitos leves contra la propiedad atribuido a autores desconocidos el juez de la investigación no realiza en verdad ninguna averiguación, simplemente se limita a formalizar una breve secuencia procesal que se manifiesta en decisiones normalizadas en formularios impresos que culminan en el sobreseimiento. Muchas denuncias de defraudaciones y abusos de confianza originados en relaciones contractuales son desestimadas de plano con indicación de recurrir a la vía civil con dudosos fundamentos acerca de la naturaleza extrapenal del conflicto, lo que en buen romance significa que los jueces derivan a las partes a que compongan su conflicto por medio del procedimiento civil. La experiencia indica que en muchos de los casos la desestimación de plano es cuando menos prematura y encubre una reticencia a investigar esta clase de casos. El cierre de la etapa de investigación fija el número de personas en condiciones de ser acusadas y en ciertos casos garantiza a otras que ya no podrán ser llevadas a juicio, por los hechos de la causa, artículo 351 del Código de Procesal Penal. El juez no puede imponer al fiscal que formula acusación y en caso de desacuerdo entre ambos sobre el mérito de la investigación, la opinión del fiscal de Cámara es dirimente y puede tener el efecto de obligar al juez a sobreseer. Junto con estos supuestos hay otros factores incontrolables que operan conforme a criterios de oportunidad como ejemplo basta citar la discrecionalidad que tiene el juez para decretar el procesamiento de una persona pues no existe un standard fijo sobre el grado de sospecha para fundar la decisión, y más aun la discrecionalidad en la intensidad de la investigación y de la recepción de la declaración del imputado. No se trata de considerar al imputado como medio de prueba, sino de tener en cuenta que el principio de la defensa en juicio limite el contenido de la acusación a los hechos por los que el imputado fue interrogado.

Las experiencias señaladas hablan en favor de introducir el principio de oportunidad, pero ello exige que la introducción sea formalizada, esto es, que los criterios de regulación del principio estén claramente fijados en la ley y que el órgano facultado para determinar la oportunidad goce de una inserción institucional que lo ponga a resguardo de intereses políticos ajenos a los de la política criminal y que la someta al mismo tiempo al control público para evitar que la decisión sobre la oportunidad se ejerza "por la puerta de atrás" del sistema penal. Una organización republicana exige que estas decisiones sean controlables. Al respecto es necesario advertir que el principio de oportunidad sólo es compatible con el estado de derecho, si sus criterios están determinados con precisión en la ley; las reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad. Por otro lado el principio de legalidad sobrecarga la tarea de los encargados de promover la averiguación de los delitos y el principio de oportunidad se manifiesta como alternativa seductora. Pero lo más decisivo es que la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de las autoridades y de los tribunales, de control a través del público y de la confianza de la población en la administración de la justicia penal. La decisión sobre la introducción del principio de oportunidad exige considerar la conveniencia de adjudicar al juez algún tipo de control sobre la decisión de no promover una acción, o de limitar el principio a la manutención de la acción manteniendo la obligatoriedad de su promoción, o la de limitarlo en el caso de oposición del imputado o de la víctima, o de exigir que la decisión sea fundada y por escrito, etc. Pero por sobre todo la opción por el principio de oportunidad exige resolver si la facultad de promover la persecución de los delitos conforme a criterios de oportunidad estará a cargo de un órgano sujeto a directivas del Poder Ejecutivo o de un órgano del Poder Judicial que tenga garantizada su independencia y estabilidad. En conclusión, existen buenas razones para introducir el principio de oportunidad procesal, pero ello debe hacerse con suma prudencia, especialmente en una sociedad que necesita vivir la experiencia de la función estabilizadora y pacificadora de las normas penales.

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.