

Tipo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho y Economía

Delincuencia económica: Sin pena ni gloria

Autoría: Peiteado, Rodrigo A. R.

Año de defensa de la tesis: 2019

¿Cómo citar este trabajo?

Peiteado, R. (2019) "Delincuencia económica: Sin pena ni gloria". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12006>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

“DELINCUENCIA ECONÓMICA: SIN PENA NI GLORIA”

PEITEADO, RODRIGO A. R.

LEGAJO: 16P1929

TUTOR: EDUARDO
STORDEUR (H)

2019

Agradecimientos

Me gustaría poner de resalto que este trabajo tiene por autor a una persona pero debe su realización a conversaciones, lecturas, intercambios y ayudas de varias.

En primer lugar, les agradezco a dos entrañables amigos, María Valeria Berros y Lautaro Varisco Bonaparte. Valeria, con humildad, inteligencia y muchísima generosidad me enseñó la pasión por el derecho y las genialidades de la inteligencia colectiva. Lautaro, con su admirable capacidad, calidez personal y paciencia, me ha impulsado tanto a elegir esta maestría de la UTDT como a finalizarla. Su lectura paciente y sus sugerencias fueron un ingrediente esencial para terminar el trabajo.

Por supuesto, un agradecimiento especial a Eduardo Stordeur (h), quien con gran calidez aceptó ser director del trabajo y desinteresadamente dedicó valioso tiempo para compartir apreciaciones, realizar inmejorables aportes e incentivar me a terminar la tarea iniciada.

A José y Marisa, mis padres, María Belén, Gabriel y Matías, mis hermanos, y Julieta, mi compañera de viaje, gracias por apoyarme en las decisiones que elegí, tanto de la maestría como en el cambio de ciudad.

También, no me quiero olvidar de los amigos que conocí durante el transcurso de la maestría, de quienes aprendí mucho e verdaderamente placenteros a los 2 años de cursado.

Finalmente, gracias a los integrantes de *Capibara. Naturaleza, Derecho y Sociedad* quienes desde el comienzo de la carrera de grado, con desprendimiento, me contagiaron de su curiosidad por descubrir el derecho desde otras miradas.

A todos ellos, mi más sincero agradecimiento.

ÍNDICE

Agradecimientos	1
Introducción	4
I. Plan de exposición	4
II. Elección de la temática	6
III. Marco teórico	7
Capítulo I	9
I. DCB, DEO y DENO	9
II. Expansión y caracterización	13
III. Flujos financieros ilícitos globales y costos del delito en Argentina	20
Capítulo II	23
I. Análisis Económico del Derecho	23
II. Orígenes	24
III. Elementos centrales del AED	26
IV. AEDP	28
i. Pertinencia de la elección teórica	28
ii. Economía del delito	29
iii. Costo social del delito	30
iiii. Tipos de sanciones	33
Capítulo III	40
I. DCB y DEO: algunas consideraciones sobre la propuesta de Posner	40
II. Algunas consideraciones sobre el derecho penal argentino desde el AEDP	43
i. DEO y AEDP	43
ii. DENO y AEDP	46

iii. Dame las drogas, Lisa

47

Conclusión

51

Introducción

I. Plan de exposición

El presente trabajo tiene por finalidad utilizar herramientas del Análisis Económico del Derecho Penal (AEDP) para analizar y comparar la eficiencia¹ de las sanciones² para los delitos económicos en el sistema legal argentino. A tales fines, utilizaremos las categorías teóricas de delincuencia económica organizada (DEO) propuesta por Juan Pegoraro y la que nosotros denominaremos delincuencia económica no organizada (DENO). Asimismo, con la misma óptica, nos proponemos evaluar la coherencia del Código Penal para establecer sanciones a los delitos según su gravedad.

En particular, posicionados en los casos referidos y desde la óptica del AEDP, intentaremos responder a la siguiente inquietud: i) ¿se encuentra justificado el uso de las penas privativas de libertad, en su caso más extremo la prisión, como elemento de disuasión del comportamiento actual y futuro de los agentes para la DEO y la DENO?

Para lograr el objetivo, en primer lugar, nos valdremos de los conceptos teóricos de DEO y DENO para desarrollar sus diferencias, agrupar los tipos de delitos considerando las características de estos flagelos y explicar qué elementos han colaborado en su expansión, cuáles son los costos estimados que implican para la sociedad, y en particular para Argentina, desde el punto de vista de autores e instituciones de reconocida trayectoria en la materia.

En segundo lugar, se abordará el marco teórico metodológico del Análisis Económico del Derecho y sus características distintivas, a fin de conocer las herramientas teóricas que utilizaremos para el trabajo. Con posterioridad, realizaremos especial énfasis en las aplicaciones al derecho penal.

En tercer lugar, confrontaremos con la propuesta de Richard Posner sobre los delitos de cuello blanco. Luego, destacando las propuestas de Shavell y Posner,

¹ Este concepto tiene una particular relevancia para el Análisis Económico del Derecho, motivo por el cual será especificado y brevemente desarrollado en el segundo acápite.

² Siendo conscientes de que cuando se menciona la palabra “sanción” en el ámbito del Derecho Penal se relaciona directamente con la prisión, vale aclarar que no será la única contemplada, ya que, como es sabido, existen otras variantes. Como veremos, el Análisis Económico del Derecho Penal tiene buenos argumentos para considerarla, a priori, una excepción.

efectuaremos consideraciones sobre la forma en que se sanciona la DEO y la DENO en Argentina. Finalmente, en la misma sección, evaluaremos si la legislación penal argentina respeta la delicada relación propuesta por el AED respecto a sancionar con mayor pena a los delitos que tienen mayor capacidad de generar daño. Para ejemplificar este punto, tomamos el ejemplo de las sanciones de la ley 23.737 y los delitos contra la administración pública³.

En cuarto y último lugar, plantearemos una conclusión compuesta esencialmente por reflexiones y nuevos interrogantes.

³ No se abarcan todas las conductas delictivas relacionadas a delitos económicos y de corrupción previstas en el cuerpo normativo del Código Penal, así como tampoco todas las hipótesis posibles, porque, no sería posible en la extensión de este trabajo, particularmente si se suscribe a una definición amplia de ambos conceptos.

II. Elección de la temática

Diversas razones me acercaron a la problemática de los delitos económicos organizados. En primer lugar, el notorio auge de la delincuencia económica organizada durante el siglo XX y XXI, provocó que la información relacionada a la temática tome el centro de la escena. En particular, durante los últimos años, esta proliferación la impulsaron los casos conocidos con el acrónimo de Lava Jato, FIFAgate, cuaderno de las coimas, Panamá Papers, entre otros, que provocaron que periodistas e investigadores gasten ríos de tinta elucubrando, explicando y tratando de descifrar los motivos del crecimiento de este tipo de delincuencia.

En segundo lugar, este crecimiento es producto del aumento de la complejidad de los medios utilizados en la comisión y participación de los delitos. Una de las herramientas a las que se apeló para ello son los denominados facilitadores.

Tal complejidad es desafiante en Argentina donde los datos son escasos y los estándares de transparencia no son los deseados. Una dificultad que puede ser abordada no solo mediante la exhortación a la incorporación de los referidos estándares, sino también mediante el marco teórico del AED, que resulta propicio para colaborar en un mejor entendimiento de la legislación vigente en materia penal.

Específicamente, en relación a los tipos de sanciones, para las que recomiendo incorporar, de lege ferenda, la variable de organización así como la coherencia de relación gravedad del daño-gravedad de la sanción.

Por último, este criterio de distinción nos permitirá elegir aquellos casos donde resulta eficiente incorporar la pena de multa como única sanción para ciertos ilícitos.

III. Marco teórico

La delincuencia económica es un problema con relevancia nacional e internacional desde hace mucho tiempo. Edwin Sutherland, en el año 1939 daba los primeros pasos sobre el abordaje de este tipo de flagelos a través del concepto de delitos de cuello blanco. Ese año, sin dudas, marcó un hito para la criminología que se vio obligada a reformular muchos de sus conceptos teóricos.

Con posterioridad, aparecieron una variedad de nociones hasta llegar al de delincuencia económica organizada, acuñado por el investigador Juan Pegoraro. Como veremos luego con mayor desarrollo, consideramos que dicho concepto se adecua mejor a la realidad del mundo globalizado, donde el factor de organización termina siendo una variable relevante a la hora de combatir los actos dañosos e ilícitos con fines económicos.

Para analizar el comportamiento de estos individuos, es interesante utilizar el marco teórico del AED debido a que existe "...un amplio consenso en la literatura criminológica respecto de que la decisión de delinquir en el contexto de delitos económicos, delitos de empresa y crimen organizado (...) presenta cotas de racionalidad superiores en comparación con otros tipos de delincuencia, de modo que el supuesto de racionalidad de los agentes en el sentido de la economía neoclásica resulta más plausible"⁴. Precisamente, esa capacidad proyectiva del marco teórico de AED, que hace hincapié en los incentivos, la racionalidad, la condición de los individuos de ser maximizadores y los conceptos de precios y costos, hace que esta disciplina provea de un sinnúmero de herramientas a la caja del analista que tiene intenciones de reflexionar.

Dentro del mundo del Análisis Económico del Derecho, aunque es ineludible nombrar a Cesare Beccaria y Jeremy Bentham como precursores, se considera a Gary Becker como el primer autor que inaugura el campo de la economía del crimen. Brevemente, su propuesta consiste en entender que los individuos cometen delitos si y solo si el beneficio esperado es mayor que el costo esperado de su acción, ponderado por las probabilidades en ambas variables.

El beneficio esperado es contingente, depende del éxito de la empresa delictiva. El costo esperado, sin embargo, se encuentra bien definido en la

⁴ Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de Capitales. Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2009, p. 23.

legislación, siendo uno de ellos el castigo penal y sus formas: la clase y su extensión. En definitiva, este tipo de normas inciden en el costo esperado del delincuente cuyo resultado actuará como incentivo o desincentivo para llevar adelante un acto ilícito, por lo tanto, modificando las normas cambian las reglas de juego.

Dentro del AED, existe una variedad de autores que han aplicado esta racionalidad al ámbito del derecho penal tales como Steven Shavell, Alan Mitchell Polinsky, Robert Cooter, Thomas Ulen y Richard Posner. Especialmente este último ha sido enérgico en su defensa de aplicar sanciones monetarias a los delitos de cuello blanco, escribiendo un trabajo a tal efecto que veremos en el capítulo III.

Ahora bien, entender el contexto actual de la delincuencia económica es clave para pensar qué tipo de sanción resultaría eficiente aplicar. En esta lógica, el factor de organización, a priori, juega un rol preponderante desde la perspectiva de la disuasión de comportamientos futuros, como desde la noción de eficiencia de los costos sociales en los que se incurre, esto es, en su reducción al mínimo posible. Sin dudas, para tratar lo que Binder denomina mercados criminales, la coherencia de la legislación penal en torno a imponer mayores costos (penas) a los comportamientos que tienen mayor potencial de generar daños es una condición necesaria para cumplir este objetivo.

En el caso de Argentina, en la composición actual, el Código Penal presenta un dispar tratamiento de las sanciones a los delitos. Incluso, en el ámbito de la delincuencia económica, no hace una distinción entre aquellos que tienen ese comportamiento empresarial de aquellos que no. Es decir, fomenta la organización de los factores económicos para la ejecución de conductas típicas penales. Esta promoción no es inocua, puesto que la coordinación de la actividad de varias personas tiene una capacidad para producir estructuras de escala que no posee la agencia individual.

El abordaje de toda la problemática, en un trabajo de este tipo, es una tarea imposible. No obstante, con las herramientas aprendidas en la maestría, intentaremos reflexionar sobre la delincuencia económica sin la intención de hacer algo perfecto sino más bien colaborar en seguir despertando inquietudes.

Capítulo I

I. DCB, DEO y DENO

El concepto de delincuencia económica organizada se encuentra directamente relacionado al de delitos de cuello blanco⁵ (también usaremos DCB) acuñado por Sutherland⁶ en el ámbito de la criminología quien, con sutil ironía, realizó un juego de palabras para referirse a un sector de la delincuencia que no aparecía en el mapa de los investigadores hasta ese momento. De hecho, esta noción aparece en la escena de la sociología por primera vez en 1939, en el marco de la 34° reunión anual organizada por la *American Sociological Society* en la ciudad de Filadelfia donde el referido autor presentó la charla denominada *The White Collar Criminal*⁷. Esta conferencia, según un consenso ya sedimentado, revolucionó la forma de pensar el delito e invirtió ciertos presupuestos de la sociología de la época, en particular la relación del mundo de la delincuencia con el mundo de la pobreza, que el comportamiento delincuencia es aprendido y que el sistema penal funciona de manera selectiva⁸.

Sutherland definió el concepto diciendo que es “un delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación. Consecuentemente, excluye muchos delitos de la clase social alta, como la mayoría

⁵ La sutil ironía proviene del nombre elegido para el concepto. Según el prestigioso *Oxford English Dictionary*, el término “trabajador de cuello blanco” se atribuye a Upton Sinclair y refiere a los trabajadores de oficina que aparecieron masivamente en 1930. No obstante, conforme relata el propio Sutherland, el término proviene del título de una autobiografía escrita por un ex presidente de la empresa General Motors titulado “Una autobiografía de un trabajador de cuello blanco”. Ver Sutherland, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999 (traducción de Rosa del Olmo), p. 65.

⁶ Edwin H. Sutherland fue uno de los investigadores más influyentes del siglo XX en el área de la criminología. Este autor, que desarrolló sus ideas al calor de la problemática Chicago de mitad del siglo XX, escribió una extensa cantidad de obras. La más conocida es el célebre libro *The white collar crime* publicado en 1949 por la editorial *Dryden Press* de New York. Como fuera replicado luego, el nacimiento de la obra no estuvo exenta de ciertos avatares con la Universidad de Indiana y la propia editorial, que se encuentran resumidos con precisión en el prólogo de la traducción del libro que aquí se utiliza: *Ibid*, p. 11-53.

⁷ El programa de la reunión de la American Sociological Association se puede ver en el siguiente link http://www.asanet.org/sites/default/files/1939_annual_meeting_program_2.pdf [Última consulta: 22/07/2019].

⁸ Se puede ver Olaeta, Hernán y Comba Antonella, *Algunas reflexiones sobre el estudio de los delitos económicos* en Olatea Hernán (compilador), *Delincuencia Económica Organizada: tres aproximaciones desde la criminología*, Colección PGD ebooks - Universidad Nacional de Quilmes, 2016, pp. 51/67. Disponible en <http://www.cipce.org.ar/sites/default/files/2016/11/articulos2599.pdf> [Última consulta: 07/05/2019]. También, Comba agrega otros puntos en forma de afirmaciones que se pueden ver en Comba, Antonella, *¿De qué hablamos cuando hablamos de Delito Económico Organizado? Algunas reconstrucciones y reflexiones teóricas*. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015, pp. 3/4. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/01/doctrina42843.pdf> [Última consulta: 07/05/2019].

de sus asesinatos, adulterio, intoxicación, etc., ya que éstos no son generalmente parte de sus procedimientos ocupacionales. También excluye abusos de confianza de miembros ricos del bajo mundo, ya que no son personas de respetabilidad y alto *status* social.

”(...) Los actuales delincuentes de “cuello blanco” son más reposados y menos directos que los “barones ladrones” del siglo pasado, pero no menos delincuentes. *La delincuencia ha sido demostrada una y otra vez en las investigaciones de oficinas de terrenos, ferrocarriles, seguros, municipalidades, bancos, utilidades públicas, la bolsa, la industria petrolera, la industria constructora, receptorías, bancarrotas y política*”⁹.

Este concepto tiene como principal característica que se comete en el ejercicio de una actividad profesional y por personas de reconocido *status* social. Como dice Fernando Alvarez-Uría, el gran aporte de Sutherland fue desplazar “el crimen de callejón para introducirlo en los consejos de administración”¹⁰. No obstante, aunque fue un gran paso para ese momento del estudio del delito tanto desde el punto de vista del derecho penal como de la criminología, como fue observado con posterioridad, el concepto tiene la paradoja de ser demasiado abarcativo. Y decimos paradoja, pues, tratando de marcar diferencias entre ciertos delitos, con esta amplitud se corre el riesgo de diluir otras. Por ejemplo, a priori, el daño social que producen quienes cometen un delito referido a corrupción entre empresas privadas es muy diferente a los alcances de una evasión impositiva simple. Si bien ambas conductas no son deseadas por la sociedad, en principio existe una diferencia notoria en cuanto a la potencial gravedad¹¹.

Ante esta insuficiencia teórica del concepto propuesto por el Sutherland, con posterioridad aparecen una serie de denominaciones que solo mencionaré destacando sí que, como veremos, también tienen carencias. Por ejemplo, el título

⁹ Las bastardillas le pertenecen al propio autor, Sutherland. Op. Cit., pp. 65-66. En este punto, si se quiere profundizar en la propuesta criminológica de Sutherland es necesario ver su teoría de la *asociación diferencial* que se encuentra explicado en el libro recién citado y brevemente en Comba. Op. Cit., p. 3-4.

¹⁰ Prólogo del libro, Sutherland. Op. Cit., p. 34.

¹¹ Olaeta y Comba sintetizan este déficit conceptual de manera correcta: “...el principal problema fue que se reunió bajo un mismo término teórico a todas aquellas transgresiones normativas realizada por personas, organizaciones, instituciones, y hasta Estados, bajo el común denominador de ser delitos que tuvieran un alto beneficio económico y con elevados niveles de invisibilización por parte del sistema penal. En ese aspecto, podemos señalar cómo el concepto de delitos de cuello blanco diluye algunas diferencias importantes entre esos diversos actores sociales y prácticas delictivas, tanto en términos del potencial daño social que pueden provocar así como de los grados y tipos de legitimidad del cual gozan”. Olaeta y Comba. Op. Cit., p. 53.

“*delincuencia económica*” aunque hace el punto sobre el *tipo de acciones* desplegadas como ser una evasión tributaria, lavado de activos o corrupción, nuevamente borra las diferencias sustanciales que existen entre los tipos de actores, es decir, no distingue si hubo participación del Estado, de funcionarios públicos, si hay una compleja organización detrás de los actos cometidos o si sencillamente es una persona aislada¹².

Finalmente, aparece lo que a efectos de este trabajo consideramos el concepto mejor logrado que es el de delincuencia económica organizada. Fue propuesto por Juan Pegoraro, quien lo definió como una “organización-empresaria delictiva dedicada a negocios ilegales-legales con la necesaria participación de profesionales o expertos y de manera frecuente con instituciones y/o funcionarios estatales que produce una recompensa económica importante y que sus participantes generalmente son inmunes o impunes social-penalmente”¹³.

Este concepto contribuye al de Sutherland en tres aspectos, en primer lugar destaca el accionar del estado; en segundo lugar la dimensión económica y simbólica de este tipo de delitos, esto último en sentido de inmunidad social frente a la valoración del público en general, como también de quienes se desempeñan en las agencias regulatorias que administran el control y las sanciones; en tercer lugar, destaca la noción de redes, grupos, relaciones sociales entre agentes, instituciones públicas, privadas y empresas¹⁴.

Otro punto que resaltamos es que el concepto de DEO no solo abarca lo que habitualmente se conoce como crimen organizado, que refiere a bandas criminales que utilizan principalmente la violencia para recaudar dinero a través de delitos como la trata de personas, los homicidios, los secuestros extorsivos u otros actos criminales. Sino también otras formas delictivas que no utilizan la violencia como herramienta principal, y que aprovechan sus profesiones, su estatus social y sus conexiones con el sector público y privado para lograr sus fines.

¹² Olatea y Comba explican que además del problema en torno al *quién*, incluso entre los autores especializados tampoco había acuerdo en torno a *qué tipo de acciones* quedaban comprendidas. Ibid., p. 53. También, aunque no se explican aquí, están quienes apoyan los conceptos de “*crimen organizacional*” y “*delitos corporativos*”, ver Comba. Op. Cit., p. 6.

¹³ Pegoraro, Juan S., *El lazo social del delito económico: un enfoque sociológico del orden social*, en *Delito y Sociedad*, Año 20, N° 31, Universidad Nacional del Litoral, 2011, p. 66. Disponible en <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoYSociedad/article/view/5634> [Última consulta: 22/07/2019].

¹⁴ Olatea y Comba. Op. Cit., pp. 53-54.

Un ejemplo que Pegoraro muestra como paradigmático son “...los negocios entre empresas privadas y el gobierno administrativo de la institución estatal, organización empresarial delictiva que incluye entre sus integrantes a empresarios, funcionarios públicos, políticos, abogados, contadores y demás profesiones afines pero también empleados de menor rango como choferes, secretarios, comunicadores, etc”¹⁵.

En palabras de Comba, la DEO es un “...modo de funcionamiento delictivo en donde actores y representantes del sector privado y actores e instituciones del sector público se conectan en una relación simbiótica que permite la organización de una red empresarial delictiva que produce amplios beneficios económicos para sus integrantes gozando de una impunidad jurídica y una inmunidad social”¹⁶.

En sentido contrario al concepto de DEO, a los fines de este trabajo, se utiliza el concepto de delincuencia económica no organizada. El objetivo es referirse a delitos económicos no organizados, es decir, a aquellos actos ilegales cometidos con un fin económico donde no se haya comprobado que fue fruto de una organización criminal de cierta complejidad.

La diferencia central radica en la organización, es decir, en que detrás del acto ilegal no existe una estructura organizacional compleja que indique que intervienen un conjunto de personas con el objeto de recaudar dinero de manera sistemática utilizando instrumentos legal-ilegal para luego aprovecharlo en beneficio propio.

¹⁵ Luego de leer la definición, es imposible no remitirse a la saga de la causa que inició en Brasil, conocida como Lava Jato, donde tiene a un sin número de involucrados del sector público y privado de Latinoamérica, entre ellos, a varias de las empresas de obra pública más grande de la región y a funcionarios de primer nivel como ex presidentes, ex candidatos a presidentes, gremialistas y ex ministros, entre otros, de varios países. Se puede consultar información en <https://www.nytimes.com/es/tag/operacion-lava-jato/> [Última consulta: 22/07/2019] y, país por país se puede ver en <https://cnnespanol.cnn.com/2017/02/10/el-escandalo-de-sobornos-de-odebrecht-asi-es-el-caso-en-cada-pais-de-latinoamerica-afectado/#0> [Última consulta: 22/07/2019].

También el llamado FIFagate, que involucra a varios funcionarios que provienen de diversas nacionalidades y formaron parte de la entidad más grande del fútbol a nivel mundial, junto a funcionarios públicos de distintos países del mundo. Se puede conocer más en <https://www.nytimes.com/2017/12/14/sports/soccer/fifa-trial.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article> [Última consulta: 22/07/2019].

Finalmente, en Argentina, aunque aún se encuentra en etapa de investigación, la causa N° 9.608/2018, caratulada “Fernández, Cristina Elisabet y otros s/ Asociación Ilícita”, más conocida como causa de “los cuadernos de las coimas” o “fotocopia de los cuadernos de las coimas”, según el medio periodístico que se consulte, mostraría que, presuntamente, habría habido connivencia entre funcionarios públicos nacionales, sus choferes, secretarios privados y grandes empresarios para obtener, ambas partes, beneficios económicos importantes. Las resoluciones judiciales se pueden consultar en el Centro de Información Judicial en el siguiente link <https://www.cij.gov.ar/causas-de-corrupcion.html> [Última consulta: 22/07/2019] y un resumen interactivo se puede ver en <https://chequeado.com/el-explicador/el-abc-de-la-causa-cuadernos-de-la-corrupcion/> [Última consulta: 22/07/2019].

¹⁶ Comba. Op. Cit., p. 9-10.

A su vez, esta última particularidad, provoca que el daño social en expectativa de estos tipos de delitos sean mucho menores a los que surgen de una compleja organización donde existen muchas probabilidades de que sea más difícil desincentivar la producción de nuevo actos ilegales futuros sólo a través de una sanción económica. Por el contrario, en el caso de la DENO, se entiende que sencillamente fueron cometidos por una o más personas que, sin importar el motivo, produjeron un daño social de baja magnitud, que puede ser cuantificable y resuelto de manera sencilla a través de una pena pecuniaria.

Precisamente este punto, como veremos en el capítulo II y III, tiene interés desde la óptica del análisis económico del derecho penal al momento de preguntarse por el tipo de sanción que resulta más eficiente implementar para disuadir ciertos comportamientos no deseados sin sumar costos sociales a los ya provocados por la actividad delictiva.

II. Expansión y caracterización

La delincuencia económica organizada se expandió más de lo que cualquiera hubiera previsto hace 60 o 70 años. Si uno tuviera que buscar algunos indicios que traten de explicar los motivos, como veremos, las señales aparecen en torno a cómo se caracterizan sus estructuras y las herramientas legales y financieras que utilizan, surgidas principalmente a partir de la globalización. En este punto precisaré algunas características que considero relevantes y me explayaré sobre la herramienta de los facilitadores que será desarrollada al final de este título.

Un primer acercamiento nos indica que para entender mejor este tipo de delincuencia desde el punto de vista académico, y aún más aún desde una perspectiva de políticas públicas, deberíamos empezar por conocer las características de su estructura. En esa dinámica, partimos de la base de que en la actualidad este tipo de empresas ya no necesariamente están organizadas con un único liderazgo, de manera estrictamente piramidal y vertical, con división de funciones perfectamente definidas y con una clara jerarquía interna.

La estructura de cada organización criminal varía según la actividad, es decir, responde al tipo de *mercado criminal*¹⁷. Por ejemplo, es diferente una organización

¹⁷ Este concepto fue pensado por Binder, que siguiendo Fischer, utiliza la noción de mercado en sentido amplio como "cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y los vendedores de un

de personas, digamos dos o tres, que salen a robar partes de autos de manera aislada para luego venderlos y obtener una ganancia, de una organización compuesta por individuos que se desempeñan en el mercado público y privado y se dedican a obtener rentas a partir de sobrepagos en licitaciones de obra pública. Parecería correcta la intuición de que ambas son diferentes y, a su vez, resulta razonable que la forma de la organización responda al mercado donde se desempeñan.

Con esta sutileza, siguiendo a Carrara y Freire¹⁸, trabajo que incorporamos al presente, hay ciertas características comunes de las organizaciones criminales que a continuación referimos:

En primer lugar, se estructuran como redes sociales, es decir, no como las plataformas de comunicación de Twitter, Instagram o Facebook sino como "...un conjunto de nodos entrelazados entre sí, pudiendo estos nodos representar personas, organizaciones y otras entidades. Los enlaces que unen a los nodos presentan las conexiones que existen entre ellos, sean relaciones de amistad, familiares, intereses compartidos, intercambio de información, transacciones, entre otros posibles vínculos".

En segundo lugar, respecto a su forma de trabajo, actúan con cierto nivel de independencia, con una lógica que es de carácter horizontal y no piramidal. En este sentido, la práctica de la persecución penal ha demostrado que "la detención o muerte del "jefe", en la mayoría de los casos, no implica la desaparición de la organización. La estructura sigue existiendo, porque se cortan exclusivamente los lazos vinculados a ese nodo (y a veces ni siquiera eso (...)). Un caso ilustrativo (...) es el de Joaquín "El Chapo" Guzmán, líder del Cártel de Sinaloa". Por lo tanto, "cada vez se vuelve más evidente que capturar al líder y desarticular la organización son dos cosas complementarias pero distintas".

En tercer lugar, el desbaratamiento de la organización, aunque influye en el mercado, no representa su totalidad. Por este motivo, "...su desarticulación influirá en la totalidad de la estructura y en su dinámica, pero no significará la desaparición del mercado". Esto pareciera casi intuitivo, especialmente si se considera que los

bien entran en contacto para comercialarlo". Binder, Alberto, *El control de la criminalidad en una sociedad democrática, ideas para una discusión conceptual*, 2008, p. 10.

¹⁸ Carrara, Agustín y Freire, Alejandra, *Análisis de mercados criminales: de "casos y personas" a "estructuras y regularidades"*, 2017, pp. 17/19.

márgenes de ganancia de estas organizaciones son enormes, con un riesgo también considerable que irá variando según el tipo de delito y la situación que se trate. En efecto, los ejemplos son innumerables, solo por mencionar algunos pensemos lo que sucede en organizaciones relativamente sencillas como las que se dedican a robar celulares, que cuando se desbarata una las otras siguen operando con normalidad en el mercado; o en temas más complejos y que involucran mayor cantidad de actores, como lo que sucede en materia de corrupción público-privada en Argentina¹⁹ o lo que sucede en todas partes del mundo en materia de narcotráfico, donde en ambos casos toda vez que una desaparece una organización las otras, en más o en menos, continúan su actividad.

En cuarto lugar, las relaciones entre los individuos se caracterizan por estrechos vínculos de confianza provenientes de los espacios de socialización: la empresa, la afinidad partidaria, la familia, la escuela. Esta particularidad se explica porque los riesgos son elevados, provengan del Estado a través de la persecución penal, como del mercado a través de la competencia otras organizaciones delictivas.

En quinto lugar, el desarrollo vertiginoso de la globalización y de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) permiten que este tipo de organizaciones no necesariamente estén compuestas por numerosas de personas. Una conclusión errada sería pensar que su nivel de influencia desciende a medida que disminuye su composición. Al contrario, justamente las TICs les permiten "...disminuir el costo de los intercambios de información, bienes y servicios", y mantener indemne su fortaleza política y económica, así como eventualmente sus instrumentos de violencia.

Como consecuencia del mismo fenómeno, las organizaciones criminales provocaron cambios importantes en su forma de actuación. Por una parte, al igual que las empresas lícitas, sus estructuras territoriales buscaron ser más eficientes, lo que se tradujo en una deslocalización jurisdiccional de los centros de operaciones. Por otra parte, gracias al incremento de la circulación de capitales, aumentó el desplazamiento de los flujos financieros en circuitos internacionales.

¹⁹ Un indicio de que no hubo grandes variaciones en Argentina durante los últimos 6 años es que el índice de *Transparency* relativo al país. Por ejemplo, de 2012 a 2018, Argentina pasó de tener 35/100 a 40/100. Si el país fuera un alumno todavía estaría largamente desaprobado. Los datos de la serie de esos 6 años se pueden descargar en <https://www.transparency.org/country/ARG> [Última consulta: 27/07/2019].

Por último, la sexta característica es la privacidad u opacidad²⁰ financiera que impera en algunas jurisdicciones dispersas en el mundo, denominadas *tax haven*, refugios fiscales o paraísos fiscales que, con la ayuda de los facilitadores o *enablers*, borran el rastro de los flujos de dinero²¹.

Comenzamos describiendo los *tax haven*, refugios fiscales o paraísos fiscales. En estos sitios, se da una combinación de condiciones legales e incentivos institucionales públicos-privados que resultan, en ocasiones, letales para la idea de transparencia que pregonan instituciones como el GAFI²² u ONGs como *Justice Tax Network*²³ o *Transparency International*²⁴.

En este sentido, quienes están en contra de este tipo de jurisdicciones expresan que “Desde un punto de vista práctico, lamentablemente no existe manera de averiguar el origen de los fondos *offshore*, y menos aún de distinguir la fracción

²⁰ En general, privacidad le llaman quienes están a favor de las normas que permiten que tengan que sortear ciertos filtros para obtener el nombre de quienes se encuentran al mando de una sociedad o fideicomiso (trust), así como sus beneficiarios finales. Opacidad, tiene una connotación más bien crítica, de hecho, le llaman así quienes ven a los mencionados filtros como algo imposible de sortear en la práctica y como una elección premeditada tanto de las instituciones públicas como de los privados que eligen esas jurisdicciones, sean delincuentes o no.

²¹ Aclaramos que no es el objeto central de este trabajo explicar en detalle el mecanismo harto complejo que permite afirmar que en las jurisdicciones impositivamente neutras existe mayor privacidad u opacidad financiera, sino que lo tomamos como un dato objetivamente cierto teniendo en cuenta que, como veremos, quienes se posicionan a favor y en contra así lo afirman. Tampoco nos interesa tomar una posición en la habitual polémica que gira en torno al actuar institucional de esos lugares. También, parece pertinente mencionar que el rol de los facilitadores no siempre es ilícito, de hecho, al menos en Argentina, no es un delito tener activos *offshore* siempre que estén declarados. El término *offshore* se utiliza cuando los activos se encuentran fuera del ámbito de origen de los activos, en sentido contrario *onshore* se utiliza cuando los activos se encuentran en su origen. Entre el límite de la ilicitud (no declarar los activos *offshore*) y el de la licitud (declarar los activos *offshore*) existe una gama de grises (vrb. la planificación fiscal o patrimonial y el momento a partir del cual se lo considera elusión fiscal) sobre la cual gira la polémica entre autores, profesionales, instituciones y Estados.

²² La creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) surgió en el marco de la cumbre del G-7 que se realizó en París en 1989. Este Grupo, hoy compuesto por 37 miembros plenos, aunque ya al momento de su creación se lo dotó de capacidad de presión sobre las regulaciones financieras de los países, luego de la tragedia de las Torres Gemelas el 11 de septiembre del 2001, su poder se expandió de manera exponencial. A partir de allí crearon lo que hoy se conoce como las Recomendaciones 40+9, con las respectivas notas interpretativas, que pasaron a constituir el estándar internacional impulsado por este organismo en materia de control de flujos financieros internacionales. Se puede ver más desarrollo en relación a este punto en American Bar Association, *Voluntary good practices guidance for lawyers to detect and combat money laundering and terrorist financing*, 2010, p. 1. Se accede en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_taskforc_e_gtfgoodpracticesguidance.authcheckdam.pdf [Última consulta: 09/05/2019].

²³ Esta organización tiene reconocida trayectoria en el ámbito global, con miembros directivos que fueron funcionarios de gobiernos en países desarrollados. Todos los años actualizan el denominado Índice de Secreto Financiero o *Financial Secrecy Index* que resulta interesante conocer. El Índice se puede consultar aquí <https://www.financialsecrecyindex.com/> [Última consulta: 22/07/2019] y la página institucional de la ONG en <https://www.taxjustice.net/> [Última consulta: 22/07/2019].

²⁴ Esta es otra ONG con prestigio global de reconocida trayectoria en materia de corrupción. De manera similar a *Justice Tax Network*, esta organización también realiza un índice de corrupción con reconocido prestigio, que incluso se lo puede desglosar por tópicos. Si se quiere profundizar, ver <https://www.transparency.org/> [Última consulta: 23/07/2019].

que procede de actividades ilegales, como el narcotráfico, de aquellas que provienen del fraude de los ultrarricos”²⁵.

Por otra parte, quienes están a favor de las jurisdicciones neutras expresan, entre otras ventajas, la seguridad jurídica, la privacidad en cuanto a sus riquezas, que permite resolver cuestiones sucesorias y, en alguna medida, también reducir la carga impositiva que tienen ciertos países. Según los profesionales que se dedican a esta industria legal-financiera en jurisdicciones *offshore*, los reguladores de esos países son exigentes con ellos y tienen un rol activo para proteger dicha industria, ya que, los obligan a realizar trámites como la llamada diligencia debida, que consiste en cumplir un proceso exigente para conocer los orígenes de los activos del cliente; o el *tipping off*, que implica denunciar ante las autoridades a los clientes cuando el facilitador detecta alguna operación sospechosa²⁶.

Para que los flujos de dinero lleguen a estas jurisdicciones los facilitadores o *enablers* prestan sus servicios. Los facilitadores son “...entidades de profesionales que brindan todos aquellos servicios que posibilitan el drenaje de capitales hacia guaridas fiscales (o hacia países con regímenes preferenciales), y que de no existir, en muchos casos, no podría efectivizarse la fuga”²⁷. Incluso, en relación a estos profesionales y el *compliance* creativo, se menciona que “Desde el año 2003, el Senado de los Estados Unidos ha realizado investigaciones acerca del rol de los contadores, abogados y especialistas en finanzas en la industria de la planificación fiscal agresiva, y ya en un informe publicado en el año 2006 se hace referencia a la existencia de “enablers” que componen la sofisticada industria de servicios offshore. Asimismo, en el año 2008, la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo

²⁵ Así lo afirma el economista francés Zucman, quien va más a fondo y en una entrevista, que se puede retomar en <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-297169-2016-04-17.html> [Última consulta: 09/05/2019], asevera que “Los paraísos fiscales no solo son fuente de injusticias. Los paraísos exacerbando la injusticia”. Además, en su libro *La riqueza escondida de las naciones*, penúltimo capítulo, plantea lo que él considera una posible solución. Zucman, Gabriel, *La riqueza escondida de las naciones*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015, p. 67.

²⁶ En una entrevista que realiza Hugo Alconada Mon, reconocido abogado y periodista de investigación del diario *La Nación* especializado en temas de corrupción y delitos financieros, confeso detractor de las jurisdicciones offshore, hace una entrevista interesante a Martín Litwak, abogado de origen argentino, ahora al frente de un estudio jurídico especializado planificación fiscal y operatoria offshore, quien naturalmente defiende la utilidad de los instrumentos que brindan estos Estados y resume las contradicciones globales en torno a la temática. Puntualmente, Litwak, considera que debido a los estándares de transparencia aplicado a nivel global, en actualidad la única manera de tener dinero ilícito es en efectivo y, según él, se transporta de esa manera y ya no a través de estas jurisdicciones, o en su caso son la excepción. La entrevista se puede obtener de <https://www.youtube.com/watch?v=WLbrO99yYoI&feature=youtu.be>.

²⁷ Rúa, Magdalena, *El rol de los servicios profesionales en la fuga de capitales y la evasión fiscal*, en revista de las 48^o Jornadas internacionales de finanzas públicas, UNC – FCE, 2001, p. 1-2.

Económico) publicó un ‘Estudio sobre el Rol de los Intermediarios fiscales’ donde revela el impacto negativo de la planificación fiscal abusiva, cuyos diseñadores y promotores son los profesionales en impuestos”²⁸.

En este sentido, con especial énfasis en su ilicitud, autores²⁹ e instituciones de la asociación civil intermedia³⁰ señalaron en más de una ocasión que los actores que dominan en los servicios de planificación fiscal agresiva son las denominadas “big four”: KPMG International Cooperative (KPMG), Ernst & Young (EY), Deloitte y PricewaterhouseCoopers (PwC).

De igual manera, se discute el rol clave de los abogados como facilitadores porque en muchas jurisdicciones no son sujetos obligados de informar operaciones financieras sospechosas, a diferencia de los contadores y escribanos que habitualmente sí lo son. La diferencia más clara en relación a cómo se regula esta problemática la vemos entre la Unión Europea, que tiene una posición más dura en términos normativos, y Estados Unidos, que tiene una posición más laxa. En cualquier caso, en todas las jurisdicciones, siempre que los abogados vean algo ilícito deben informarlo, lo cual es distinto del reporte de operaciones sospechosas³¹.

²⁸ Ibid., p. 2.

²⁹ Por ejemplo, Rúa afirma que “Las cuatro firmas líderes se han hallado vinculadas a casos de elusión fiscal mediante la utilización de guaridas fiscales. Deloitte & Touche junto con Arthur Andersen (una de las “Big Five”, cuando eran cinco las más grandes del mundo) asesoraban a Enron -la empresa energética que quebró en el año 2001 con motivo de un escándalo por fraude empresarial- y la primera jugó un rol principal en el asesoramiento impositivo a la compañía, brindando esquemas impositivos complejos que permitían la elusión fiscal. La misma operaba a través de 3.500 subsidiarias y filiales, muchas de ellas inactivas y radicadas en guaridas fiscales.8 Con el asesoramiento de KPMG, WorldCom –la empresa de telecomunicaciones que quebró en el año 2002 tras un fraude contable- creó un activo intangible por el que todas las filiales debían pagar regalías a una filial radicada en una guarida fiscal, mientras que esas mismas filiales lo deducían de sus impuestos como un gasto ordinario y necesario, que resultó ser de dudosa validez al carecer de sustancia económica.9 Asimismo, el Senado de los Estados Unidos (2003) determinó que KPMG dedicó recursos considerables en el desarrollo, comercialización e implementación de esquemas impositivos potencialmente abusivos e ilegales, que los contribuyentes hubiesen sido incapaces de emplear por su cuenta.10 Para el caso de PwC y EY, el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado de los Estados Unidos develó en un informe del año 2005 que dichas firmas habían vendido productos impositivos de refugio fiscal potencialmente abusivos o ilegales”. Ibid., p. 4.

³⁰ Justice Tax Network, por ejemplo, hace específica referencia a su rol en <https://www.taxjustice.net/2017/06/05/global-audit-firms-led-deloitte-using-lobbying-clout-dilute-sarbanes-oxley-reforms/> [Última consulta: 09/05/2019].

³¹ Para profundizar este punto se puede ver Financial Action Task Force Report, *Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals*, 2013. En relación a la posición del Colegio de Abogados de Estados Unidos, American Bar Association, *Formal Opinion 463*, 2013. Sobre la Unión Europea se destaca Commission of the European Communities, *The application to the legal profession of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering*, 2006. Finalmente, un documento conjunto que trata el tema es International Bar Association, the American Bar Association y the Council of Bars and Law Societies of Europe, *A Lawyer’s Guide to Detecting and Preventing Money Laundering*, 2014.

Es de destacar, entonces, que en el ámbito de la delincuencia económica organizada, encontramos especialistas en actos típicos, quienes debido a las características particulares del ámbito, pueden permanecer en el campo durante un período prolongado de tiempo, aumentando su capacidad, creando arquitectura institucional, fomentando el cabildeo a favor de legislación, *soft law* internacional y encuentros que, una vez más, faciliten la socialización.

Destacamos con énfasis el sexto punto porque, si bien desde hace mucho tiempo se utilizan estas artimañas, la globalización trajo consigo un aumento exponencial en las facilidades de acceso y, como señalamos, a la socialización de estas tecnologías jurídicas. El anonimato y el secreto³² les resultan muy útiles a la organizaciones criminales en razón de que les permite, por ejemplo, aceitar el funcionamiento de la organización, difuminar los lazos entre las personas que la componen y evitar, en muchísimas ocasiones, que las investigaciones que se inician donde se cometieron los ilícitos puedan tener éxito. En pocas palabras, la coordinación de estos actores les permite aumentar la complejidad de las operaciones.

Luego de explicar las seis características de las organizaciones criminales se tiene un panorama más real de su estructura y los motivos expansión. Las seis, aunque no son las únicas, nos dan una idea de por qué es tan difícil pensar una solución al problema de la DEO, tanto desde una perspectiva del AEDP (ex ante), creando incentivos normativos y de mercado para que los agentes no elijan cometer estos actos ilícitos; como desde el derecho penal clásico (ex post), habitualmente utilizado por las políticas públicas donde la única respuesta ante las crisis sucesivas siempre es el punitivismo irracional, es decir, más años de cárcel sin una investigación más precisa.

En definitiva, la sociedad tiene un problema difícil de resolver. Si cada jurisdicción gestiona por separado, se encontrarán con la necesidad compleja de coordinar con los otros Estados. Esta complejidad exige tanto la cooperación de varios actores (organismos internacionales, empresas, Estados, entre otros) como la concertación de intereses diferentes y sin alinear³³.

³² Precisamente, sobre este punto hay acuerdo entre las posiciones más liberales y las menos: el resultado que se obtiene de esa combinación es la privacidad y el anonimato, algo muy valorado por la DEO.

³³ Pensando a este tipo de delincuencia como un problema del ámbito internacional, un interrogante interesante para abordar sería pensarlo como un problema de acción colectiva en términos de Mancur Olson. En

Para poner el problema en cifras, nos preguntamos, ¿cuál es el costo de la DEO para la sociedad?

III. Flujos financieros ilícitos globales y costos del delito en Argentina

Hay dos tipos de datos que veremos en este título, uno referido a los flujos financieros ilícitos y otro sobre los costos del delito. Para los autores, ambos casos representan un desafío metodológico. Lógicamente, no es sencillo conocerlos con exactitud porque se trata de actos que se encuentran al margen de la ley y muchas veces no son descubiertos. Por este motivo, para evitar discusiones posteriores, es habitual que los investigadores adviertan que los cálculos pueden tomar una realidad parcial.

Empezando por los flujos financieros ilícitos, tomamos el caso del ya citado Zucman, ferviente detractor de los refugios fiscales, quien estima que sus “...estadísticas tienen numerosas imperfecciones, y los resultados de [su] investigación no son definitivos. El sistema de medición de la actividad financiera mundial [por él] desarrollado presenta serias fallas en no pocos aspectos...”³⁴. No obstante afirma que ese no es un motivo para no utilizarlo sino, justamente, es un motivo para darle utilidad, ya que, da una dimensión aproximada del problema y, aunque imperfecto, permite evaluar y pensar sanciones.

este caso, hay una pluralidad de individuos (Estados y organismos internacionales) que tienen interés en lograr un estado de cosas donde los flujos financieros ilícitos estén más controlados (bien público). Damos por cierto que en el ámbito internacional existe un consenso de casi todos los actores para lograr este objetivo, es decir, casi todos tienen un interés privado convergente. Sin embargo, el punto está en el casi, ya que hay otros Estados que se benefician de no controlar el origen de los flujos financieros. Olson, siguiendo la teoría de la acción racional, plantea que los individuos actúan motivados por un interés personal que los beneficie y excepcionalmente actúan de manera altruista. En nuestro caso, hay un claro problema de alineación de intereses por parte de todos los jugadores internacionales al no haber acuerdo sobre el combate de la delincuencia económica. Para lograr la convergencia de intereses, en términos generales, Olson plantea dos excepciones, una que el grupo sea pequeño que en este caso sería imposible de lograr ya que los Estados no podrían reducirse en número salvo que se planté acuerdos entre bloques económicos que de todos modos dejaría afuera a otros individuos. Y una segunda, que implica lo que él llama “incentivos selectivos” que consiste en algún modo de coerción, esto es, en modificar los incentivos que tienen los Estados para no controlar los flujos financieros ilícitos. Tal vez esa sea una explicación de las medidas que intenta llevar adelante el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) al incluir ciertos países en sus conocidas listas clasificadas con colores (roja, negra, gris oscuro y gris). Argentina formó parte de la lista gris reservada para países con seguimiento intensivo debido a los severos problemas técnicos en torno al combate de la delincuencia económica y recién en el año 2014 pudo salir de ese status. En la actualidad, la lista roja la componen Irán y Corea del Norte y los países con seguimiento intensivo son Bahamas, Botsuana, Camboya, Etiopía, Ghana, Pakistán, Panamá, Sri Lanka, Siria, Trinidad y Tobago, Túnez y Yemen.

³⁴ Zucman, Op. Cit., p. 18.

En concreto, el autor afirma que “en la actualidad, contrariamente a lo que sostienen gobierno y banqueros, todo indica que la evasión fiscal goza de excelente salud. A escala mundial, el 8% del patrimonio financiero de las personas está colocado en paraísos fiscales: es un récord histórico. Para la Unión Europea, la fracción es aún más elevada, y se aproxima al 12%. Los cálculos presentados en [ese] libro revelan que los franceses poseen casi 350.000 millones de euros offshore, la mitad de los cuales están en Suiza. Sin la evasión fiscal a gran escala permitida por el secreto bancario, la deuda pública francesa no ascendería, como sucede actualmente, al 94% del PBI sino al 70%, nivel que registraba antes de la crisis financiera”³⁵.

Respecto a los datos brindados por los organismos internacionales, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito tiene a cargo puntualmente el combate de la droga y el crimen organizado³⁶. En ese marco, la institución tiene una línea de investigación en torno a la temática, que da como resultado que el flujo financiero del crimen organizado, estimó en 2009, significó 2.1 trillones de dólares (aproximadamente un 3.6% del PBI global). Tomando solamente los típicos delitos de la delincuencia organizada transnacional (drogas, falsificaciones, trata de personas, tráfico de petróleo, animales silvestres, madera, arte, oro, órganos humanos y armas), sin contar los delitos nacionales, el número se reduce a 1.5% del PBI. De estas cifras, en el mismo año se lavaron 1.6 billones o 2.7% del PBI, algo que está dentro del “rango de consenso” del 2% al 5% propuesto por el Fondo Monetario Internacional en 1998. Nuevamente, aquí se presenta la cuestión metodológica, la ONUDC acepta que esa estimación se encuentra más cerca del piso inferior del consenso. No obstante, si a esos números se le suman los provenientes del lavado de dinero de evasión impositiva y aduanera, el resultado se movería hacia, y probablemente por encima, del límite superior del “rango de consenso”. En cualquier caso, como explicitamos al comienzo del título, la institución aclara que hay muchas propuestas pero no existe un “estándar de oro”

³⁵ Ibid., p. 18.

³⁶ El propio director ejecutivo de esta oficina, Antonio Maria Costa, resalta un punto ya referido en este trabajo acerca de la imbricación entre el submundo delictual y la globalización. “...the world’s biggest trading partners are also the world’s biggest markets for illicit goods and services. On the one hand, this is a logical consequence of the huge increase in the volume of trade. On the other, it reflects the extent to which the underworld has become inextricably linked to the global economy, and vice versa, through the illicit trade of legal products (like natural resources), or the use of established banking, trade and communications networks (financial centres, shipping containers, the Internet) that are moving growing amounts of illicit goods and thus profiting crime”. United Nations Office on Drugs and Crime, *The globalization of crime*, Vienna, 2010, p. ii.

para estimar los flujos financieros ilícitos introducidos al mercado lícito, porque, todos tienen sesgos y lagunas de información clave³⁷.

Por otro lado, respecto a los costos del crimen, la idea se inspira en la propuesta teórica que presentó el economista Gary Becker en 1974 a través de su artículo *Crimen y Castigo: un enfoque económico*³⁸. Este trabajo, que apareció de manera casi contemporánea a la muerte de Sutherland a quien menciona en un párrafo y nota al pie, inaugura el campo teórico del análisis económico de la delincuencia. Como podemos intuir, el resultado del cálculo tenderá a ser mayor en relación a los flujos financieros ilícitos porque tiene en cuenta otras variables como por ejemplo el gasto en prevención.

Hay países que utilizan este método, por ejemplo uno que abarca varios delitos es el informe que toma datos del Ministerio del Interior de Reino Unido y que luego fue publicado en la página oficial del gobierno³⁹.

En Argentina, lamentablemente, este tipo de evaluaciones no se realiza por parte de los organismos oficiales del Estado. Mucho menos se registra un análisis de datos relacionado a los costos de la DEO⁴⁰. No obstante, existen estudios de organismos internacionales que refieren al caso argentino. Por ejemplo, el trabajo realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que estima el costo social del crimen en un 2.97% del PBI, dentro del cual un 2% representa el gasto público en seguridad, con un gran peso de las erogaciones en policía. En relación a la región, el gasto público es muy alto, el privado está en niveles similares y el costo social es relativamente bajo. Es decir, en el área de seguridad pareciera que se gastan muchos recursos y de manera ineficiente. Un aliciente importante tiene que ver con que el informe del BID hace hincapié, en consonancia con la ironía marcada por Sutherland, en los delitos violentos, en particular los homicidios, y no en los de

³⁷ Todas las estimaciones plasmadas en el párrafo fueron obtenidas de United Nations Office on Drugs and Crime, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, Research Report, Vienna, 2011, p. 9.

³⁸ El trabajo de Becker se puede obtener en <https://www.nber.org/books/beck74-1> [Última consulta: 29/05/2019].

³⁹ Heeks, Matthew; Reed, Sasha; Tafisiri, Mariam y Prince, Stuart, *The economic and social costs of crime*, Second edition, Research Report 99, 2018. Se puede ver en <https://www.gov.uk/government/publications/the-economic-and-social-costs-of-crime> [Última consulta: 09/05/2019], en particular la tabla de páginas 7 y 8.

⁴⁰ Un intento de elevar los costos de ciertos delitos se expresa en el Plan Nacional Anticorrupción 2019-2023 presentado por la Oficina Anticorrupción de Argentina. Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_anticorrupcion.pdf [Última consulta: 09/05/2019].

cuello blanco ni en los que implican una compleja organización. Seguramente, si se midieran esos datos, los números serían considerablemente mayores⁴¹.

Luego de reseñar qué es la DEO, cuáles son sus características y motivos de expansión, y las implicancias de los flujos ilícitos globales y costos sociales del crimen en Argentina, damos por concluido el Capítulo I. En el siguiente, abordaremos los principales puntos del Análisis Económico del Derecho para, luego, introducirnos en el área penal.

Capítulo II

En la primera parte de este capítulo, a fin de darle autosuficiencia al trabajo, vamos a conceptualizar, introducir y explicar algunos puntos centrales del AED. Luego, pasaremos al AEDP.

I. Análisis Económico del Derecho

El análisis económico del derecho incorpora herramientas de la economía para entender el sistema legal. Algunos lo consideran como un enfoque interdisciplinario que combina herramientas de dos ciencias⁴², otros como “el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente consideradas valiosas”⁴³. Cualquiera sea la noción que tomemos, coincidimos en que esta forma de estudiar la arquitectura jurídica ha tenido un vertiginoso crecimiento durante estos últimos años. En la actualidad, se aplica a diversas ramas del derecho como daños, contratos, ambiental, laboral, penal, corporativo, entre otros.

⁴¹ Banco Interamericano de Desarrollo, (Laura Jaitman, editora), *Los costos del crimen y de la violencia. Nueva evidencia y hallazgos para América Latina y el Caribe*, 2017. Se puede recuperar en <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8133/Los-costos-del-crimen-y-de-la-violencia-nueva-evidencia-y-hallazgos-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf?sequence=8> [Última consulta: 09/05/2019]. Una entrevista a la coordinadora del programa en el BID, Laura Jaitman, relativa a la publicación y a Argentina se puede ver en <https://www.eleconomista.com.ar/2017-02-el-costos-del-crimen-es-de-285-del-pib-en-argentina/> [Última consulta: 29/05/2019].

⁴² Conforme Bermejo, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de Capitales. Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2009, p. 5.

⁴³ Stordeur, Eduardo (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, p. 1 y ss.

En términos generales, podemos decir que el derecho puede ser descrito desde el AED como un sistema de reglas y procedimientos tendientes a internalizar efectos externos (externalidades) y disminuir costos de transacción. Ahora bien, para entender cómo se llegó a esta conclusión, nos parece interesante hacer una breve reseña histórica.

II. Orígenes

En las facultades donde se estudia abogacía, el aprendizaje del derecho se realizaba de manera formalista, otorgando un valor especial a la memorización de normas y a las opiniones doctrinarias⁴⁴. Este punto fue desarrollado por Richard Posner en su brillante artículo, *La declinación del derecho como una disciplina autónoma: 1962-1987*, presentado en 1997. El autor plantea que “La facultad creía o al menos lo aparentaba que la única cosa que los estudiantes necesitaban estudiar eran los autoritativos textos legales, judiciales y opiniones administrativas, estatutos y reglamentos y, que la única esencial preparación para un estudiante de derecho era el conocimiento de qué eran esos textos además del poder de la discriminación lógica y la argumentación que provenía del crítico y cercano estudio de ellos”⁴⁵.

Producto de esta forma de estudiar la disciplina legal y del aparente consenso político sobre su autonomía, la falta de aportes de otras disciplinas al derecho, la confianza en los abogados como agentes de solución de problemas y el círculo defectuoso que las mismas facultades alimentaban, explica Posner, produjo que hasta 1960 se considere que el derecho era una disciplina autónoma y los abogados quienes mejor podían encarnar la tarea del diseño legal institucional. En una figura gráfica, el abogado era un ingeniero de las leyes y todo parecía ir por la vía de un relativo acuerdo para construir instituciones.

No obstante, esta armonía parece romperse en ese año, cuando empiezan a aparecer los primeros trabajos de otras disciplinas con aportes significativos al derecho⁴⁶. Lógicamente, se comienza a percibir que un correcto entendimiento del

⁴⁴ Las opiniones doctrinarias vendrían a ser interpretaciones de personas con trayectoria en la ciencia jurídica respecto a cómo debe ser entendida una norma o un conjunto de ellas.

⁴⁵ Posner, Richard, *La declinación del derecho como una disciplina autónoma: 1962-1987*, Derecho y Sociedad, 1997, p. 7 y ss.

⁴⁶ La injusticia de realizar el desarrollo histórico en un trabajo breve me fuerza a aclarar que hubo muchos aportes importantes previos a 1960 por parte de otras disciplinas. Sin embargo, al parecer, no eran lo suficientemente fuertes para dar por tierra esa fe en la aparente autonomía del derecho.

sistema legal necesita conocer, cada vez en mayor medida, herramientas de filosofía, sociología, economía, argumentación, entre otras.

En el ámbito de la economía, ese quiebre lo producen un conjunto de autores que, inspirados en intuiciones muy antiguas como la de Aristóteles⁴⁷, Adam Smith⁴⁸ y Cesare Beccaria⁴⁹, comienzan a contribuir a la forma de pensar el sistema legal con una mirada diferente a la predominantes hasta ese momento.

En ese contexto, y en la misma época, hacen sus apariciones Guido Calabresi⁵⁰ y Ronald Coase⁵¹, ambos grandes exponentes del AED. En la misma década, también Gary Becker realiza sus contribuciones al derecho penal y la política criminal⁵².

Con posterioridad, ya en los 70, entró en escena Richard Posner, uno de los intelectuales más conocidos en la teoría del AED por su capacidad y por sus posiciones absolutas, que luego moderó, en torno a dos pilares centrales de la disciplina como son la eficiencia (maximización de la riqueza social) y la racionalidad de los individuos para tomar todas sus decisiones como supuesto teórico del derecho. A partir de aquí, el AED irá creciendo en aceptación en las universidades de Estados Unidos, para luego expandirse a Europa y, finalmente, al resto del mundo.

⁴⁷ Conforme lo expresa Stordeur, Aristóteles intuyó la mayor eficiencia de la propiedad privada por sobre la comunal en base a la distinción en sus incentivos. Stordeur, Op. Cit., p. 13.

⁴⁸ Smith, entre otras cosas, intuye los efectos de las regulaciones sobre las actividades económicas. Ibid., p. 14.

⁴⁹ En su conocido libro Tratado de los delitos y de las penas, Beccaria dio el puntapié inicial para el AEDP considerando las probabilidades de la sanción como un factor central para la eficacia de la prevención intentada por sistema penal. Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

⁵⁰ Su trabajo es Calabresi, Guido, *Some Thoughts on risk distribution and the law of torts*, The Yale Law Journal, N° 4, Volume 70, 1961, pp. 449-553. El autor fue el primero en revisar la teoría jurídica de los daños a la luz de las herramientas económicas; en un primer momento explicó que "...el objetivo del Derecho de daños era minimizar la suma de los costes de los accidentes y los costes de la prevención de accidentes". Bermejo, Op. Cit., p. 8. Con posterioridad, detalló su teoría señalando el principio conocido como "cheapest cost avoider", es decir, si se quieren minimizar los costos de los accidentes se debe hacer responsable de los daños a quien los puede soportar a menor costo.

⁵¹ Aportó, entre otras cosas, el llamado Teorema de Coase que entiende que en un mundo donde los costos de transacción fueran equivalentes a cero los derechos de propiedad serán transferidos a quienes más lo valoran. En pocas palabras, hizo foco en un tema que luego tomaría una trascendencia enorme que es precisamente que toda asignación de derechos, sea de mercado o del Estado, implica costos de transacción. Coase, Roland, *The problem of social cost*, Volume 3, The journal of Law and Economics, 1961, pp. 1-44.

⁵² Esta idea es tomada por el BID para realizar el informe conforme nota al pie 37. Igualmente, por el Laboratorio de Investigaciones sobre Crimen, Instituciones y Políticas de la Universidad Torcuato Di Tella.

En la actualidad, nuevos autores, como el psicólogo y premio nobel de economía David Kahneman⁵³, hicieron una nueva ruptura en la forma de pensar el derecho desde la economía introduciendo conceptos de la Economía del Comportamiento al análisis legal. En oposición a Posner y sus colegas, esta teoría introduce la noción de que los individuos actúan racionalmente en ciertas ocasiones, o dicho de otro modo, que los individuos no siempre son racionales en la toma de decisiones.

III. Elementos centrales del AED

En este título, a fin de sostener la autosuficiencia de este trabajo, vamos a mencionar algunas ideas en torno al AED que son centrales para entender su aplicación al derecho penal (AEDP)⁵⁴.

Por una parte, como todos saben, el AED opera en distintos niveles de análisis según cuál sea la finalidad. El primer nivel es el positivo que trabaja con dos premisas básicas, a saber: a) los individuos son racionales⁵⁵ maximizadores y las normas legales alteran los incentivos vinculados con sus acciones⁵⁶, b) el AED tiene por objetivo realizar predicciones acerca del comportamiento futuro de los individuos con variables mensurables⁵⁷. Por ejemplo, en materia penal se explica que, en principio, un aumento del tiempo de duración de la pena así como un aumento en la probabilidad de la sanción implica que a los individuos les resultará más costoso

⁵³ Este autor tiene un sinnúmero de trabajos importantes, particularmente con su amigo y coautor Amos Tversky. El más conocido por la sistematicidad que logró en torno a su teoría y por la sencillez del lenguaje es Khaneman, David, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

⁵⁴ La intención es solo mencionarlas, si se quiere profundizar, las obras utilizadas son la Stordeur (h), Op. Cit., p. 25 y ss., Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Berkeley Law Books, 6ta Edición, 2016, p. 37-43 y Bermejo, Op. Cit., p. 5-44.

⁵⁵ “Se afirma que la teoría de la elección racional puede ser entendida como una teoría normativa que nos informa cómo debemos actuar para lograr nuestros fines de la mejor forma posible en relación con los medios disponibles o como una teoría descriptiva con base en la cual hacer predicciones de las acciones que seguirán los individuos racionales; como se verá la perspectiva que aquí se adopta es una versión del enfoque descriptivo”. Conforme Bermejo, Op. Cit., p. 16.

⁵⁶ “...el análisis se realiza 'como si' ('as if') los agentes fueran racionales (...) cualquiera sea [su] estado mental”. Bermejo, Op. Cit., p. 18

⁵⁷ Se expresa principalmente a través del concepto de precio, con sus dos variables, explícito o monetario e implícito o no monetario. Por ejemplo, cometer un delito de evasión tributaria siempre que la ganancia esperada de poner ese dinero evadido en el mercado sea mayor al costo de la sanción legal por esa falta ponderado por la probabilidad de captura. En ambos casos, bajo las reglas explicitadas, es posible predecir cómo actuaría un individuo porque “Los precios me dicen cuánto cuesta un bien X en términos de otro/s bien/es Y, razón por la cual cambios en éstos pueden ayudar a predecir cambios en las elecciones, sean éstas de mercado en el sentido ortodoxo, o bien, en cualquier otro contexto”. Stordeur (h), Op. Cit., p. 27.

cometer esos delitos y, por lo tanto, tendrán menos incentivos a realizarlos. En este nivel de análisis, las proyecciones de los comportamientos individuales se utilizan para saber cómo responderían los individuos a normas jurídicas existentes o a modificaciones legislativas futuras⁵⁸. Sin dudas, si uno quisiera definir en pocas palabras las implicancias de estas premisas, debería decir que le brinda al derecho una consistente teoría de la acción individual lo que permite capacidad prospectiva respecto al comportamiento de los individuos.

Por otro lado, un segundo nivel de análisis es el normativo que se apoya en los datos brindados por el análisis positivo con el objetivo de proponer cambios que mejoren el sistema jurídico teniendo como norte la eficiencia. En este campo, el debate “se ha planteado tanto en la perspectiva conceptual (qué significa “eficiencia” y cómo operar con ella como criterio rector de las políticas públicas) como en la normativo - ética (el debate acerca de si la eficiencia es un valor y cuál es su relación con otros valores como la equidad)”⁵⁹, siendo este último uno de los ámbitos de controversias de los autores que establecen reparos al AED⁶⁰.

En la perspectiva conceptual, el concepto de eficiencia en términos generales, se refiere al sentido productivo o bien distributivo, siendo este último el más usual en AED. A su vez, en sentido distributivo, la eficiencia puede ser entendida en sentido de Pareto⁶¹ y de Kaldor-Hicks⁶² siendo la primera un subconjunto de la segunda, ya que, en el segundo las transacciones o intercambios son más probables que en el primer estado de cosas. En pocas palabras, toda situación eficiente en sentido de

⁵⁸ Ibid., p. 13.

⁵⁹ Bermejo, Op. Cit., p. 25.

⁶⁰ Una de las discusiones más interesantes en torno a la teoría política del AED es sobre la idea de que el sistema jurídico debe tener como norte maximizar la riqueza social. Ese juicio no recibió aceptación entre todos los autores, pues, por ejemplo, Ronald Dworkin (Dworkin, Ronald, *¿Es la riqueza un valor?*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 1, Número 1, Buenos Aires, 1996) realiza una fuerte crítica en dos direcciones: a la versión más radical liderada por Richard Posner (Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen Casebook Series, Third Edition, 1986) que propone que maximizar la riqueza social es el único valor que debe ser defendido por el sistema legal; y también a la versión del AED atenuada, representada por Guido Calabresi (Calabresi, Op. Cit.), que propone pensar un equilibrio entre justicia y riqueza social sacrificando algo de una para lograr más de la otra. También, en Argentina tuvo algunas objeciones como la plasmada por Carlos Rosenkrantz (Rosenkrantz, Carlos, *La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y del análisis económico del derecho*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 1, Número 1, Buenos Aires, 1996) quien hace observaciones al AED y a Dworkin.

⁶¹ Este modo de entender la eficiencia fue pensada por el economista Vilfredo Pareto. Stordeur (h), Op. Cit., p. 29 y ss. También, Bermejo, Op. Cit., p. 26.

⁶² Kaldor, Nicholas, *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, Economic Journal Vol. 49, 1939 y Hicks, John, *The Foundations of Welfare Economics*, Economic Journal Vol. 49, 1939.

Pareto será también en sentido Kaldor-Hicks, pero no a la inversa⁶³. Finalmente, una tercera acepción de eficiencia es el que refiere al sentido instrumental o de medios a fines⁶⁴.

Desde el AED, estas distinciones son importantes porque, considerando individuos maximizadores racionales que responden a incentivos en forma de precios (explícitos o implícitos), siempre que se evalúe una norma se estarán analizando qué incentivos tienen los individuos para realizar la conducta esperada y, sobre la misma base, si no se cumple con el objetivo se pueden proponer modificaciones normativas para lograr la referida conducta. En resumen, “Una vez que pensamos el sistema legal como un sistema de precios capaz de establecer resultados o equilibrios predecibles como tendencia, contamos con un modo de establecer las consecuencias de las leyes”⁶⁵.

IV. AEDP

i. Pertinencia de la elección teórica

Como introducimos en el título del marco teórico, resulta pertinente utilizar la estructura teórica del AED para abordar algunas complejidades de los delitos económicos, crimen organizado y delitos de empresas, en este caso planteados bajo la categoría teórica de DEO, ya que, la propuesta de los economistas neoclásicos relativa a la forma en que los individuos toman decisiones, en gran parte seguida por casi todos los autores del AED, se adecua mejor en contextos donde las condiciones de mercado están más cerca de cumplirse. Aunque pensamos que los detalles deben analizarse caso a caso, sin dudas el AEDP se refleja mejor en los delitos económicos que en el resto.

Bermejo, en su tesis doctoral, resalta este punto planteado por autores de la criminología expresando que “...en ciertos contextos, como en el de mercado, parece más adecuado a la realidad predicar un grado de racionalidad mayor de los

⁶³ Una explicación más acabada de este tipo de eficiencia se pueden ver en Stordeur (h), Op. Cit., p. 33 y ss. y Bermejo, Op. Cit., 27 y ss.

⁶⁴ A diferencia de los dos anteriores, “...se actúa eficientemente cuando a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines (principio de maximización), o alternativamente cuando b) se obtiene uno o unos fines con el menor costo posible; es decir, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (principio de minimización)”. Bermejo, Op. Cit., p. 29 y 30.

⁶⁵ Stordeur (h), Op. Cit., 36 y ss.

individuos comparado con otro tipo de decisiones que no suceden en ese contexto. Lo relevante para nuestro estudio de esta adecuación del alcance de la racionalidad en estos contextos es que existe un amplio consenso en la literatura criminológica respecto de que la decisión de delinquir en el contexto de delitos económicos, delitos de empresa y crimen organizado (...) presenta cotas de racionalidad superiores en comparación con otros tipos de delincuencia, de modo tal que el supuesto de racionalidad de los agentes en el sentido de la economía neoclásica resulta más plausible”⁶⁶.

ii. Economía del delito

Dicho ello, comenzaremos diciendo que la comisión de un delito es un acto dañoso en sí mismo, es decir implica una causación de un daño social. El derecho penal, entonces, de manera similar al derecho en general, puede ser descrito como “...un conjunto de reglas y procedimientos destinados a internalizar o disuadir a las personas de cometer cierta clase de externalidades negativas graves usualmente producidas con intención de dañar...”⁶⁷. Esta rama del derecho, comparte con el derecho de daños, la imposición de una especie de sanción jurídica negativa a una conducta no deseada, que los individuos toman como costo esperado. No obstante, se diferencia de los daños⁶⁸ y del resto de las ramas del derecho, ya que, producto de la falla de las herramientas del primero para disuadir conductas consideradas

⁶⁶ Bermejo., Op. Cit., p. 23. En relación a la validez de utilizar este marco teórico para analizar aspectos de los delitos económicos, el mismo autor, desde el AED positivo, tomando a Clarke y Cornish, detalla la teoría criminológica de la elección racional en seis proposiciones: 1) el delito como una decisión orientada a la obtención de beneficios; 2) racionalidad limitada; 3) la decisión de delinquir varía considerablemente con el tipo de delito; 4) la decisión de involucrarse en el delito (involvement decision) vs. la decisión de cometer un concreto hecho delictivo (event decision); 5) las diferentes etapas de la decisión de involucrarse en el delito; 6) la secuencia de la decisión de cometer un concreto hecho delictivo. El desarrollo de cada una se puede ver en Bermejo, Op. Cit. pp. 48 a 52.

Puntualmente, en relación a la aplicación del AEDP a los delitos económicos, explica también que Clarke y Cornish “afirman que aun los críticos de la teoría de la elección racional que rechazan su aplicación general a todos las conductas delictivas conceden que en el crimen organizado y en los delitos de cuello blanco la conducta delictiva es racional”. Luego, con cita de Anthony Ogus, explica que “aun cuando todo infractor potencial llevará a cabo una transacción entre beneficios y costes en este sentido, muchos lo harán intuitivamente, particularmente en relación con los así llamados delitos de cuello blanco (white collar crime)...”.

Finalmente, para zanjar cualquier duda acerca de las similitudes entre delitos económicos y actividades mercantiles, Thomas Ulen brinda tres puntos para pensar las similitudes entre la racionalidad humana en el ámbito mercantil y en otros ámbitos del mercado (vrbg. delitos), a saber, frecuencia, conmesurabilidad y transparencia de las transacciones que suceden en el mercado, a las cuales Bermejo les agrega la maximización de la renta y la neutralidad moral de las conductas como elementos comunes a las actividades mercantiles y los delitos económicos. La extensión del desarrollo se puede ver en Ibid. pp. 79 a 84.

⁶⁷ Stordeur (h), Op. Cit. p. 330.

⁶⁸ Las similitudes y diferencias entre el derecho de daños y penal se pueden ver en Ibid. pp. 333-336.

graves el derecho penal utiliza una pena calificada (en su versión más extrema, la prisión) y un proceso con ciertas particularidades que responden a la lógica de su estructura y objetivos a fin de introducir un desincentivo al curso de la acción individual que se dirige a la comisión de un delito.

Por otra parte, en el plano individual, a la hora de tomar una decisión sobre la conveniencia de delinquir, los componentes más importantes del costo de la acción son las sanciones formales e informales; la probabilidad de que esas sanciones sean impuestas; los costos que se originan en base a la obtención de los elementos para cometer el delito; y el costo de oportunidad que posea el delincuente, es decir, el costo que surge en base a poder invertir su tiempo en otra actividad más rentable. Como contracara, los beneficios netos individuales de la actividad serían la suma de los beneficios reputaciones, psíquicos directos y monetarios. En ambos casos vamos a obtener un valor esperado, que si sumamos uno y el otro (independientemente que uno pueda ser negativo) y lo multiplicamos por un índice de probabilidad, vamos a lograr el valor esperado que hipotéticamente obtendría el delincuente y que será determinante para saber la curva de utilidad de delinquir en esas condiciones.

Si uno quisiera encontrar el origen de este modelo de análisis de las conductas criminales, sin dudas debe remontarse a Bentham y Beccaria, dos precursores en este tipo de análisis. No obstante, como anticipamos arriba, es Becker quien abre el nuevo campo teórico de la economía del crimen y formaliza por primera vez algunas intuiciones. En línea con los párrafos anteriores, "...el modelo económico básico de la conducta criminal estipula que un individuo tiene incentivos para cometer un delito cuando la ganancia derivada de éste es mayor que la probabilidad subjetivamente estimada de que sea sancionado, multiplicada por la cuantía esperada de la condena o, para ambos casos, su sustituto en dinero"⁶⁹. Como todas las decisiones individuales que el análisis económico examina, este caso no es la excepción y se dice que un individuo (delincuente) busca maximizar la utilidad esperada siendo sensible a los costos y beneficios de sus decisiones⁷⁰.

⁶⁹ Stordeur (h), Op. Cit. p. 342.

⁷⁰ Shavell formaliza alguna de sus explicaciones, con variaciones según el tipo de relación del individuo con el riesgo. Ver Shavell, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Part 5, Chapter 20, Harvard Press, 2004. También se pueden ver otros dos modelos en Stordeur (h), Op. Cit., p. 342-343 y 345-346.

El derecho penal, junto a la política criminal, teniendo en miras este modelo pueden tomar acciones para afectar los costos individuales de una acción y, por lo tanto, desincentivar el delito. Las formas son varias, y no están exentas de discusión, por ejemplo algunos opinan que aumentando los salarios en el mercado laboral el costo de oportunidad del delincuente aumentaría en favor de realizar actos lícitos.

iii. Costo social del delito

El delito es un tema de creciente preocupación en la sociedad, particularmente en Argentina, debido al daño que genera. Este daño se traduce en costos que se reflejan en dos órdenes, individual que ya fue brevemente referido y social al que haremos referencia.

En este punto, se vuelve ineludible retomar el seminal texto *Crime and punishment: an economic approach*, publicado en *Journal of Political Economy*, de Becker. Allí, entre otros conceptos, aparece la idea del costo social de los crímenes para hacer referencia al análisis marginal de ese gasto, es decir, señala una de las nociones más importantes del AEDP en torno a que cada unidad de gasto adicional en cualquier variable, sea probabilidad o gravedad de las sanción, al hacer un análisis marginal por regla debe ser igual a la reducción del daño esperado. En sus palabras, lo que el AEDP piensa es la siguiente pregunta: “¿cuántos delitos deberían permitirse y cuántos delincuentes deberían quedar impunes? El método utilizado formula una medida de la pérdida social por los delitos y halla la inversión de recursos y castigos que minimizan la pérdida”⁷¹.

No puede perderse de vista que la lógica de Becker se aleja de los exigentes y restrictivos conceptos aportados por Pareto, quien recordemos, considera que una asignación es eficiente cuando los recursos están dispuestos de manera tal que ya no se puede mejorar a nadie sin empeorar a otro individuo. Sería inconsistente sostener que en la dinámica del delito no se perjudica a una persona o la sociedad. Por este motivo, cuando uno lee las ideas de Becker, lógicamente la eficiencia que propone es más cercana al concepto propuesto por Kaldor-Hicks, quienes a través de la compensación hipotética flexibilizan esa conservadora perspectiva paretiana

⁷¹ Becker, Op. Cit., p. 1.

que mantiene el status quo de una distribución realizada en un determinado momento.

Dentro de esta nueva forma de pensar, Becker⁷² entiende que el costo social es central para el análisis, ya que “la cantidad óptima de aplicación depende, entre otras cosas, del costo de atrapar y condenar a los infractores, de la naturaleza de los castigos -por ejemplo, si son multas o penas de cárcel- y de las respuestas de los infractores a los cambios en la aplicación”⁷³.

Concretamente, en el plano del costo social, que es el que aquí interesa, tenemos varios componentes del costo total. Se destacan principalmente:

a) Los costos asociados a prevención del delito. Son usualmente los más caros para la sociedad debido a que implican gastos en empleados del Estado a cargo de la seguridad como policías, vigilancia virtual (cámaras y sensores) y diversos tipos de controles. Recordemos lo dicho por Jaitman, quien asegura que en Argentina el costo del delito era del 2,85% del PBI, del cual un 2% se eroga para gasto público en seguridad siendo la mayor parte en policía⁷⁴. Según Cooter y Ulen, algo parecido sucedía en EE.UU. en el año 2002 donde se gastaban 33 mil millones de dólares en policía⁷⁵.

Los costos de prevención están íntimamente ligados a la probabilidad de sanción de un delito. La probabilidad, ya desde las intuiciones expresadas por el marqués de Beccaria, es un factor central en el análisis ganando incluso mayor notoriedad con los desarrollos posteriores en torno a las diferencias que existen entre los individuos sobre su aversión al riesgo. Sucede que, justamente, disminuir la probabilidad de la sanción implica reducir los costos en prevención y no es casualidad que la gran mayoría de los autores recomienden esa regla. Por ejemplo, Shavell en el capítulo 21 de su célebre libro *Foundations of economic analysis of*

⁷² No desconocemos los desarrollos del autor en torno a la “pena ideal” o “pena eficiente” en el sentido de la extensión según la aversión al riesgo del delincuente, sin embargo este punto no es objeto del presente trabajo.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ver nota 38. Sobre los efectos de la policía, una referencia inevitable es el experimento natural realizado por dos de los directores del LICIP de la UTDT. Ver Di Tella, Rafael y Schargrotsky, Ernesto, *Do police reduce crime? Estimates using the allocation of police forces after a terrorist attack*, The American Economic Review, Vol. 94, N° 1, 2004, se puede recuperar en <http://www.people.hbs.edu/rditella/papers/AERPoliceCrime.pdf> [Última consulta: 20/06/2019]. Concluyen, con el siguiente resultado: “Our results, in brief, suggest a posted and visible police guard exerts a large, negative, local effect on auto theft and little or no effect outside a narrow area”.

⁷⁵ El dato lo da Stordeur (h), Op. Cit. p. 347.

law, editado por Harvard, indica que siempre que sea eficiente en la situación analizada, se debe disminuir la probabilidad de la sanción penal y aumentar la gravedad del castigo para lograr el mismo nivel de disuasión a menores costos sociales. Decimos toda vez que sea eficiente porque, según la aversión al riesgo del individuo, la fórmula maximizar sanción-minimizar probabilidad aunque ahorra costos sociales en prevención, entre ellos los gastos en policía, puede que no disuada las futuras acciones ilícitas⁷⁶ además de no pasar el estándar de ciertas objeciones éticas y jurídicas⁷⁷ e incluso de la economía del comportamiento⁷⁸.

En definitiva, la eficiencia indica que primero se debe maximizar la regla baja probabilidad - máxima gravedad de la sanción, y luego sí se deben introducir las unidades de prevención del delito que se justifiquen a fin de mejorar la disuasión. En ningún caso es recomendable aumentar al 100% la probabilidad de atrapar al delincuente, ya que, las últimas unidades serían demasiado caras y convendría invertirlas en otro objetivo.

b) El costo social de cada delito y la cantidad de delito. Es difícil estimar el costo social de cada delito, sin embargo, como ya mencionamos hay ejemplos de instituciones que lo realizan⁷⁹.

También, la noción de la cantidad óptima de delitos es un tema de cierta complejidad dado que no existe acuerdo entre los autores acerca de cómo se arribaría y cuál sería la manera de llegar a ese número. Algunos consideran que es

⁷⁶ El caso de los individuos con preferencia de riesgo es cuando más problemas tiene esa fórmula, no obstante, se trata de estudiar el caso y ver el equilibrio entre las variables. Shavell, Op. Cit. Chapter 21, p. 508. Además, existen objeciones con argumentos económicos, debido a que un sistema de sanciones penales eficientes exige, lógicamente, aumentar las sanciones a medida que aumenta la gravedad de los actos ilícitos. Es decir, en pocas palabras, exige verificar el costo marginal de las sanciones, de lo contrario podría incentivarse a que los delincuentes agraven sus conductas o sumen otro ilícito al ya cometido, ya que, ese último acto no significará un costo adicional. Se pueden ver ejemplos y una explicación más extendida en Stordeur (h), Op. Cit. p. 360 y 361.

⁷⁷ Los reparos deontológicos, con bastante grado de razonabilidad, podrían ser el carácter draconiano de ciertas penas y los límites relacionados a la justicia como variable externa a la teoría que debe tenerse presente a la hora de elegir una pena eficiente. Bermejo, con cita de Polinsky y Shavell, explica este punto en el AEDP. Bermejo, Op. Cit. p. 61.

⁷⁸ Este reparo tiene que ver directamente con un sesgo cognitivo, e indirectamente con mucho más que uno solo, conocido como *Hyperbolic Discounting* o Descuento Hiperbólico, más intuitivamente conocido como descuento futuro o preferencia por el presente. En términos sencillos, este sesgo indica que hay una desviación cognitiva en relación a las consecuencias futuras de una decisión tomada en el presente. En lenguaje más económico, los individuos cuando realizan la operación de valor presente de una decisión futura, atribuyen una utilidad decreciente a eventos futuros producto de que proyectan mal los costos de esa decisión lo que redundará en un resultado erróneo. El libro ya referido de David Khaneman está repleto de referencias a los problemas de descuento futuro.

⁷⁹ Ver el informe oportunamente citado sobre Reino Unido.

una cuestión de costo de oportunidad del delincuente, otros que tiene que ver con el nivel de disuasión normativo reflejado por el sistema de penas y están quienes consideran que las nociones relacionadas a la racionalidad no pueden aportar a la discusión de este tema.

c) Los costos del tipo de pena y de aplicar la pena. Este tópico se asocia a la pregunta, ¿cuál es el tipo de pena más eficiente para la reducción del costo social?. Usualmente la sanción que promueve el AEDP es la monetaria antes que la no monetaria debido a que la primera le cuesta menos dinero al Estado que la segunda. Esto se explica por la sencilla razón de que las sanciones patrimoniales son una transferencia compulsiva de riqueza, a diferencia de las restricción de la libertad u otro tipo de sanción no monetaria que usualmente significan un gasto social adicional que se debe erogar.

iii. Tipos de sanciones

Dentro de los tipos de sanciones existentes hay una gran división entre sanciones monetarias y no monetarias. Dentro de las no monetarias se ubica la prisión que suele utilizarse, especialmente en Argentina, sin un sentido de proporcionalidad al delito, lo que constituye un serio problema de eficiencia del sistema legal. Por este motivo, para discutir sobre este punto, comenzamos por mencionar los costos y beneficios que ella genera.

Por una parte, para todos los autores del AED, por regla la cárcel es ineficiente, entre otros razones, porque implica costos directos referidos a gastos de manutención de las personas privadas de su libertad, con mayores erogaciones para los individuos adultos mayores. En Estados Unidos, por ejemplo, un recluso de más de 55 años cuesta entre sesenta y ochenta mil dólares anuales, solo en gastos de salud, y un joven de 25 años condenado a cadena perpetua tiene un costo de seiscientos mil a un millón de dólares en total⁸⁰.

En Argentina, las páginas oficiales no tiene datos concretos de cuánto le sale un preso a la sociedad, sin embargo hay trascendidos de funcionarios públicos relacionados al sistema penitenciario. Por ejemplo, según una entrevista de 2017 brindada por James Caravallaro, referente de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y profesor de la Universidad de Stanford, al Sistema

⁸⁰ Con cita de Cooter y Ulen ver Stordeur (h), Op. Cit. p. 364.

Penitenciario de Buenos Aires cada preso le cuesta 30.000 pesos al mes incluyendo desde la comida hasta el sueldo del penitenciario, es decir, el sistema carcelario le costaría a la sociedad de la provincia unos 1.140.000.000 pesos por mes para 38.000 presos. Utilizando el mismo cálculo de Caravallaro, en el caso del Sistema Penitenciario Federal durante el mismo año cada preso le costó 93.237 pesos por mes, lo que implica que el sistema carcelario federal costó 1.105.889.600 para 11.861 reclusos⁸¹.

Al punto anterior, se suma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2011, por el fallo “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación” declaró inconstitucional el artículo 121, inciso c, de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Dicha norma establece que “la retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: (...) c) 25 % para costear los gastos que causare en el establecimiento”. Este inciso fue tachado de inconstitucional por la CSJN bajo el argumento de que contraviene el artículo 18 de la Constitución Nacional, diferentes tratados internacionales con jerarquía constitucional e incluso la propia ley en cuestión⁸².

También, la cárcel tiene el costo social indirecto de confinar a individuos que podrían estar generando riquezas a través de actividades lícitas en el mercado. Dicho en otros términos, es un costo de oportunidad de la sociedad y del delincuente ya que quienes se encuentran confinados no pueden emplearse en trabajos más productivos que los ofrecidos en el sistema de encierro.

⁸¹ La entrevista a Caravallaro se la puede ver en el link <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2017/10/29/la-provincia-con-mas-detenidos-que-nunca-cuanto-cuesta-por-mes-mantener-a-un-presos-en-la-carcel/> [Última consulta: 30/04/2019]. Los datos relacionados al Servicio Penitenciario Federal sobre la población carcelaria se pueden obtener en la publicación de la referida institución denominada Revista de Criminología, Número III, Año 2017, disponible en la página http://www.spf.gob.ar/drive/repo/general/Revista_de_Criminologia_III.pdf [Última consulta: 30/04/2019] y la información relacionada al presupuesto 2017, en el documento que se encuentra cargado en la página del Ministerio de Hacienda de Argentina que se puede ver en <https://www.minhacienda.gob.ar/onp/documentos/presutexto/proy2017/jurent/pdf/P17J40.pdf> [Última consulta: 30/04/2019].

⁸² No puede dejar de observarse que la mencionada norma venía a mermar, al menos en parte, las erogaciones que se deben producir para mantener el sistema carcelario. Sin embargo, el dato referido a la CSJN sobre la ley de ejecución penal, e incluso el tópico del costo social de un preso, lo resalto no para caer en la irrelevante afirmación de que ellos deben pagarse su propia estadía, en todo caso ese será otra discusión que no interesa a los efectos de este trabajo. Sino para reforzar el punto respecto a la importancia que tiene pensar formas alternativas de disuasión y amoldar el Código Penal con ese norte, reservando la pena de prisión para los casos donde verdaderamente se encuentre justificado.

Por último, están los costos variables, esto es, las erogaciones crecientes que se realizan a medida que se incrementa la producción. En el caso concreto, a medida que aumenta la cantidad de presos se incrementan los costos de cantidad de empleados que se contraten, cantidad de comida que se brinda, entre otros.

En cuanto a los beneficios, el sistema carcelario puede utilizar economías de escalas, al menos en los costos de infraestructura. Esto se explica porque, por ejemplo, aunque construir una cárcel para 100 personas cuesta el mismo dinero, sea que luego la habiten 1 o 100, sin embargo mientras más individuos se confinen más barato saldría la construcción si uno hace el cálculo de precio por persona. Igualmente, de ningún modo este argumento puede justificar encerrar más individuos.

Además, el sistema carcelario cuenta con utilidades que la sanción monetaria no puede brindar. Implica, por un lado, un plus de disuasión al aislar al individuo que provocó un daño, punto que se refuerza si hay muchas probabilidades de que vuelva a cometer un ilícito.

El impacto de estas ventajas dependerá de la elasticidad de la oferta del delito, es decir, se debe observar si frente a un encarcelamiento la oferta delictiva desciende y qué tan fácil es el reemplazo de una persona en el mercado delictivo en particular. En el caso de la DEO, como ya resaltamos, pareciera que la oferta tiende a ser inelástica porque no disminuye frente a las sanciones de algunas conductas⁸³.

Por otra parte, el castigo económico no podría disuadir ciertos tipos de delitos de manera eficiente como lo hace el sistema de encierro. De ahí que resulte interesante combinar los sistemas de sanciones, aplicando las no monetarias una vez que se maximiza la variable monetaria en su mayor expresión posible⁸⁴. De hecho, acorde a lo que explica Shavell, las sanciones no monetarias deben ser utilizadas de manera suplementaria a la monetaria solo cuando esta última se encuentra en su máximo posible, ya que, son socialmente menos costosas que las primeras.

⁸³ Quienes se toman en serio el beneficio de la inocuidad piensan que la oferta delictiva, contrario a lo que decimos sobre la DEO, es elástica, es decir, es sensible a la variación de la oferta. Por ejemplo, cuando se afirma “En términos técnicos, la tesis de la disuasión (...) sostiene que la oferta del crimen es elástica respecto a la sanción”. Montani, Eleonora, Crímenes económicos, derecho penal y economía, prueba de diálogo, Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance, Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 44.

⁸⁴ Es el caso de Shavell, Op. Cit., p. 511 y 513, Stordeur (h), Op. Cit., p. 365 y Polinsky, Alan Mitchell y Shavell, Steven, *The optimal use of fines and imprisonment*, National Bureau of Economic Research, 1982, p. 3 y 10.

En resumen, a priori, hay acuerdo en que las sanciones monetarias son preferibles a las no monetarias por el costo social de estas últimas⁸⁵. La utilidad de la no monetaria aparece en los casos en donde la disuasión que brindan las multas puede no ser la óptima, momento en que resulta deseable complementarlas a fin de aumentar los niveles de disuasión. De otra manera, si bastara con las sanciones monetarias para alcanzar el nivel de disuasión deseado, resultaría más eficiente solo sancionar con una multa debido a que se obtiene el mismo resultado a menores costos.

Precisamente, como veremos a continuación, en caso de la DEO parece necesario que el sistema penal combine multas y sanciones no monetarias, como la restricción de la libertad; pero en el caso de la DENO bastaría con el castigo monetario. Entonces la pregunta es, concretamente, ¿en qué casos las sanciones monetarias son insuficientes para el AED y en cuáles se sugiere utilizarlas?

Respondiendo a la pregunta, se deben tener en cuenta los siguientes factores para realizar la elección⁸⁶:

1. Nivel de activos: si el nivel de activos del individuo es bajo en relación a la magnitud de la sanción necesaria para disuadirlo del hecho ilícito, si solo se imponen sanciones monetarias el nivel de disuasión que se podrá alcanzar tenderá a ser insuficiente. En cierta manera este punto está asociado al costo de oportunidad del delincuente quien, si posee una cantidad de activos demasiada baja, tendrá incentivos a realizar el acto ilícito si se lo sanciona sólo con multa. Cualquiera sea la probabilidad de condena, si sale impune triunfó y si es atrapado no podrá pagar la multa.

2. Probabilidad de evitar la sanción: cuanto mayor sea la probabilidad de escapar de la sanción, mayor será su magnitud necesaria para lograr la disuasión deseada y resulta más probable que la sanción monetaria exceda el nivel de activos de la persona. Por lo tanto, incluso si el nivel de activos de la persona es alto y la probabilidad de imponer la sanción es baja, la disuasión puede ser imposible de lograr sólo con multa, ya que, exigiría una pena monetaria tan alta que seguramente excedería la riqueza individual.

⁸⁵ Shavell, en la nota al pie 30 del capítulo 21, hace énfasis que este punto lo inicia Bentham y luego lo enfatiza Becker. Shavell, Op. Cit. p. 509.

⁸⁶ Ibid, p. 510. En igual sentido, Bermejo, Op. Cit. p. 63.

3. Nivel de beneficios privados esperados del hecho ilícito: mientras más altos sean los beneficios esperados del acto que cometerá el individuo, mayores deberán ser las sanciones necesarias para disuadirlo o, en otros términos, el sistema legal deberá hacer más costoso ese acto. En esta hipótesis también es más probable que el castigo monetario impuesto exceda los niveles de activos de la persona sancionada.

4. Daño esperado del acto y probabilidad de ocurrencia: cuanto mayores sean los daños esperados de un acto, más altas son las probabilidades de que el daño y su potencial magnitud se produzcan. Por ello, más acuciente se vuelve controlar el acto y mayores serán las consecuencias de fallar en la disuasión si esta fuera deseable. En definitiva, si todas las condiciones permanecen iguales (alta probabilidad de fracaso en la disuasión y alto daño esperado, que sería el producto de magnitud del daño x la probabilidad de ocurrencia), cuanto mayor sea el daño esperado, mayores serán las probabilidades de que sea ventajoso utilizar sanciones no monetarias para lograr una correcta disuasión.

Cumplido alguno de los requisitos, será necesaria una sanción no monetaria. Dentro del espectro de ese tipo de sanciones hay una variedad de posibilidades como la restricción a la libertad en un lugar controlado por el Estado en su totalidad, tal es el caso de la prisión, pero también se puede acudir a formas menos gravosas como la prisión domiciliaria que tiene el beneficio de no implicar la gran parte de los costos fijos y variables que fueron descriptos. En el caso de delitos económicos vinculados a empresas, una publicidad negativa puede ser otra forma de sanción no monetaria que puede implicar gran disuasión en razón de que podría afectar futuros ingresos a la empresa, como ser la reducción en la calificación del crédito, la exclusión de los ofertantes proveedores del Estado, el decomiso anticipado de activos y, dado que este tipo de conductas tienen por efecto perjudicar la libre competencia, la inhabilitación para ocupar cargos de administración en sociedades con responsabilidad patrimonial escindida de los socios. De cualquier manera, lamentablemente, con sus matices, la prisión es la forma generalizada de sanción no monetaria.

iv. Probabilidad de la sanción y sesgos

Otro punto relevante para marcar la diferencia de trato que deberían tener la DEO y DENO se relaciona directamente con el inicio de este capítulo. Allí, con cita de Bermejo, resaltamos que en contextos de mercado y en los delitos económicos, crimen organizado y de empresa hay cierto acuerdo en torno al mayor grado de racionalidad de los individuos.

Justamente, ese punto refuerza el argumento en torno a la referida diferencia de tratamiento. La DEO, como empresa delictiva, supone mayores grados de racionalidad que la DENO porque sus decisiones se verían menos afectadas por los sesgos cognitivos. Principalmente, como ya mencionamos, el conocido *Hyperbolic Discounting* o Descuento Hiperbólico, más intuitivamente conocido como descuento futuro o preferencia por el presente. En términos sencillos, este sesgo indica que hay una desviación cognitiva en relación a las consecuencias futuras de una decisión tomada en el presente. En lenguaje más económico, los individuos cuando realizan la operación de valor presente de una decisión futura, atribuyen una utilidad decreciente a eventos futuros producto de que proyectan mal los costos de esa decisión lo que redundará en un resultado erróneo.

En este contexto, donde suponemos que las decisiones de los individuos organizados son más racionales, sería esperable que la oferta delictiva sea más elástica no sólo respecto al aumento de la gravedad de las sanciones y la variación en torno al tipo de castigo, sino que también al aumento de la probabilidad de la sanción. Es decir, es esperable que para la DEO un aumento en la probabilidad de la sanción también afecte los incentivos a cometer hechos ilícitos.

En el caso de la DENO, en principio, la situación sería bien diferente, ya que, si uno pudiera dividir la racionalidad en escalas, sería lógico que aquellos que no cuentan con una organización de sustento, se ubiquen en la parte inferior de la referida graduación racional. La consecuencia sería, pues, que producto de los márgenes acotados de racionalidad individual fruto de los sesgos cognitivos como el Descuento Hiperbólico que afectan en mayor medida a los individuos que a las empresas, la curva de oferta en el caso de este tipo de delincuencia se verá más afectada por la probabilidad de la sanción que por el tamaño de ella. En sencillo, por las razones expuestas a la DEO la afectan ambas por igual, pero a la DENO en mayor medida un aumento de la probabilidad de la sanción.

Capítulo III

Luego de realizar, en el Capítulo I, un pormenorizado desarrollo desde la óptica de la criminología en torno a la evolución del concepto de delito de cuello blanco que derivó en el término DEO, y de repasar en el Capítulo II los principales conceptos de el AED y su aplicación al área penal, particularmente con el enfoque iniciado por Gary Becker en torno a los costos sociales del delito, arribamos al capítulo III donde pondremos en diálogo los dos primeros acápite de este trabajo.

I. DCB y DEO: algunas consideraciones sobre la propuesta de Posner

Ante las modificaciones teóricas del concepto de delitos de cuello blanco propuesto por Edwin Sutherland y a la luz de la variante posterior de DEO propuesta por Juan Pegoraro, que a mi criterio es más atinado para la situación actual, traemos a colación el trabajo de Posner sobre el tema.

En efecto, en 1980 Richard Posner, ex juez de la Corte de Apelaciones del séptimo circuito de Chicago y profesor de varias universidades prestigiosas, presenta su trabajo *Optimal Sentences for White-Collar Criminals* publicado en la conocida *American Criminal Law Review*⁸⁷. Para diferenciarse de Sutherland, el ex juez explica que le brinda una acepción distinta al concepto de delitos de cuello blanco considerando que se trata de crímenes no violentos, generalmente cometidos por individuos o asociaciones con poder económico, como empresas o sindicatos, usualmente adinerados o con poder económico si se los compara con el resto de los criminales. De hecho, entiende que este concepto es ilustrado por aquellos criminales que violan normas regulatorias, como por ejemplo las relativas a defensa de la competencia o las leyes referidas a materia tributaria, pero aclara que la no todas las personas que contravengan esas normas pueden ser consideradas delincuentes de cuello blanco. En particular, no considera de esta manera a un mozo que evade impuestos al no declarar las propinas, porque, según explica, la afluencia y el poder de este tipo de delincuentes es donde está el punto neurálgico.

⁸⁷ Posner, Richard A, *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*, *American Criminal Law Review*, n° 17, 1980.

Tampoco merece aquel calificativo un asesinato cometido por una persona adinerada, por más que tenga esa condición patrimonial, ya que, entraría en la categoría de crímenes violentos.

Entonces, teniendo como hilo conductor el puntapié de Becker, Posner, luego de caracterizar lo que entiende por delitos de cuello blanco y en consonancia con el resto de los autores del AED, propone que siempre que la persona delincuente tenga el patrimonio suficiente, la sanción eficiente para estos tipos de actos ilícitos es la monetaria antes que la prisión u otro castigo. Las únicas excepciones que considera son los casos en que sea necesario otro tipo de pena para lograr cobrar la multa o cuando la persona no posea el dinero para solventarla.

Para sostener esta apreciación, se basa en el argumento ya expresado, el menor costo social que implican las sanciones monetarias en relación al castigo de prisión. Particularmente, en razón de que la primera, como se explicó, es una transferencia de recursos del infractor al Estado. Además, desde su punto de vista, en términos de inutilidad y disuasión no habría diferencias entre un tipo de sanción y otra⁸⁸; en definitiva, ambas serían iguales de eficaces pero con diferencias en el costo social.

También, resaltamos su consideración entorno al argumento de la diferencia que existe entre la práctica y la teoría para el tratamiento de los delitos. Desde el aspecto teórico, señala que es cierto que muy pocas personas consideran igual de severo un castigo de multa, que el encarcelamiento o la pena de muerte. No obstante, desde el punto de vista práctico, entiende que por la escasa cantidad de sanciones que existen para este tipo de delitos y por la escasa cantidad de años que utilizan las cortes para sancionar estos delitos, el argumento teórico no tiene asidero y con más razón deben ser reemplazadas por multa⁸⁹.

Entonces, valorando los aportes de Posner y Shavell, y posicionados en la racionalidad del AEDP, nos interesa brindar dos consideraciones. En primer lugar, dejando de lado los problemas conceptuales de la noción de DCB, Posner realiza un

⁸⁸ Incluso da el ejemplo de una persona de clase media quien para él sería disuadido en el mismo nivel por una multa grande que por un período corto en prisión.

⁸⁹ En el artículo referido, también contesta a discusiones que mantiene con John Collins Coffee Jr., profesor de la escuela de derecho de Georgetown, destacándose el referido al cariz discriminatorio o “de clase” que tendría este tipo de sanciones, ya que, según Coffee los ricos podrían comprar cierto nivel de delitos. También, sobre los niveles de preferencia de riesgo de este tipo de individuos, debido a que para el autor este tipo de delincuentes tienen preferencia por el riesgo y para Posner ese argumento no desvirtúa el suyo, ya que, es posible adecuar la sanción monetaria a ese escenario. Ver Posner, Op. Cit., p. 413 y ss.

argumento interesante sobre la distinción entre teoría y práctica de las sanciones de estos delitos.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, aún si nos posicionamos en el concepto de delito de cuello blanco, el argumento sirve para la realidad del momento en que lo escribió pero como regla general es limitado, porque, un menor cambio en la política criminal puede dar por tierra fácilmente el fundamento de la escasa cantidad de sanciones de ese tipo de delitos. Si se decidiera perseguir con más ahínco a este tipo de delincuencia, la cantidad de sanciones probablemente aumentaría. Como veremos más adelante, los delitos previstos en la ley 23.737 son un buen ejemplo en el sentido de que, uno puede no compartir la elección del legislador, lo que es innegable es que con el paso del tiempo las modificaciones legislativas han agravado las sanciones previstas en la norma.

Sumado a ello, salvo excepciones, la baja escala penal utilizada para sancionar a la delincuencia económica no puede ser la conclusión del argumento sino que allí reside el problema, especialmente si tomamos como punto de partida que el AED es una disciplina que aspira a establecer una explicación general y prospectiva del comportamiento de los agentes ante ciertos incentivos. Estaría bien si Posner pretendió hacer una explicación de lo que sucedía en 1980 en Estados Unidos. De igual manera, si quisiera analizarse lo que sucede con algunos delitos en Argentina, en cierta forma la problemática permanece si se toma el dato de que por ejemplo, los delitos contra la administración pública, como el enriquecimiento ilícito de funcionarios y la recepción de sobornos, a excepción del artículo 257 del Código Penal que rige para los magistrados del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos, tienen una pena máxima de 6 años de prisión, sumado a una multa de 2 a 5 veces el valor del enriquecimiento para el primera caso, lo que es equivalente en términos de restricción de libertad a la pena máxima del hurto agravado y delitos como el abigeato.

No obstante, si el objetivo es disuadirlos, ese no puede ser el punto final sino que, por la gravedad de la afectación que se produce en la noción de delitos de cuello blanco, se debe adecuar mejor los incentivos negativos para este tipo de ilícitos o, dichos en términos dogmáticos, mejorar la eficiencia de los tipos y escalas penales. Más aún, si se piensa cuáles ilícitos abarca la noción de la DEO y el poder de fuego de ese tipo de delincuencia.

Esto nos lleva a la segunda consideración, que tiene relación con los costos sociales de la prisión. Hay preguntas ineludibles para cualquier país que desea tener una administración eficiente de sus recursos, una de ellas es sobre qué tipos de sanciones se que aplican y cómo están planteadas las escalas penales en sus respectivos códigos, de manera que si el objetivo es disuadir los delitos futuros a través de incentivos normativos, se debe hacer un correcto equilibrio entre el daño social que generan los delitos, el tipo de delincuencia y los significativos costos sociales del sistema de sanciones.

En definitiva, tomando la evolución del concepto teórico de delito de cuello blanco realizada en el Capítulo I, sumado a las referencias generales realizadas por Shavell y Posner explicadas en el Capítulo II y III, coincidimos con la propuesta de Posner de disuadir con multas a la delincuencia económica menor, no así en el caso de los DCB y menos para la DEO. A continuación se explican los motivos, con el objetivo de repensar la forma de sancionarla y, a la vez, hacer un aporte a la eventual reducción del costo social abriendo el panorama de las sanciones.

II. Algunas consideraciones sobre el derecho penal argentino desde el AEDP

i. DEO y AEDP

En base a la caracterización que realizamos sobre la DEO, sabemos que este tipo de organizaciones producen un fuerte daño social e individual. En Argentina, las conductas que pueden ser calificadas como DEO son las que se dan en el marco del derecho penal aduanero (ley 22.415), el régimen penal tributario (ley 27.430), el régimen penal cambiario (ley 19.359), lavado de activos (artículo 303 a 305 del Código Penal), los delitos contra la administración pública (particularmente los capítulos VI, VII, VIII, IX y IX bis de ese título), la ley de estupefacientes (ley 23.737), entre muchos otros.

Está claro que no se dan las características de la DEO en todos los delitos referidos, pero sí debería preverse una agravante reflejada en la organización y los tipos de sanciones para los casos en que se configure. Pareciera que no hay una regulación en el código penal cuyo verdadero objetivo sea elevar los costos de realizar esas acciones. Salvo excepciones, como la ley 23.737 que como veremos

combina sanciones mixtas y agravantes por organización solo utilizando el número de ingranes, en el resto de los casos las sanciones se aplican por fuera de la coherente graduación propuesta por el AED e incluso sin tener presente la relación entre capacidad de daño y gravedad de la sanción utilizada.

Sin dudas, la elección de la pena debe partir de la base de otorgarle mayor preponderancia a las sanciones monetarias y luego acudir a las variantes de las no monetarias. Para justificar esa afirmación no nos basamos en argumentos de ética referido a lo que suena correcto o a un posicionamiento punitivista. Por el contrario, en cuanto a la multa hay acuerdo en que debe ser, en principio, la sanción utilizada para todos los delitos incluso para la DEO; y en cuanto a las sanciones no monetarias, desde la eficiencia también se justifica para los comportamientos analizados en este subtítulo si uno tiene presente que cumple con los 4 puntos que plantea Shavell. Veamos.

En primer lugar, el nivel de activos de los individuos que cometen uno de los actos caracterizados como DEO, si bien puede ser alto en relación al promedio de los individuos en la sociedad, en Argentina dada la escasa probabilidad de que los descubran, sean condenados y vayan a prisión⁹⁰ y el elevado rédito económico que se puede obtener por estas maniobras⁹¹, el costo de oportunidad de los

⁹⁰ Para tener una dimensión de la baja probabilidad, tomemos el dato publicado por el Consejo de la Magistratura de la Nación luego de una auditoría de las 730 causas corrupción pública que llegaron entre 1996 y 2016 a los Tribunales Orales Federales ubicados en la Ciudad de Buenos Aires. En esos 20 años, tramitaron 1151 causas, se resolvieron 579 (50%), para la fecha las 151 (20%) restantes no habían llegado a esa etapa. De las 581 resueltas que llegaron a la etapa de juicio oral, solo en 185 (32%) de los acusados fueron encontrados culpables y 197 (34%) fueron absueltos. De estos 197, 65 (aproximadamente un tercio) fueron beneficiados con la prescripción, es decir, culminó la acción penal porque pasó demasiado tiempo en la etapa de instrucción. Los datos se pueden ver en <http://consejoabierto.pjn.gov.ar/dataset> [última consulta: 01/08/2018].

Según el diario Infobae, en el año 2017, de las 1212 causas de corrupción en trámite en los juzgados criminales y correccionales federales de primera instancia, solo el 3% (36) fueron elevadas a juicio oral, 824 continúan abiertas y 352 tuvieron otro tipo de resolución sea desestimación, un sobreseimiento o la prescripción.

Por otra parte, según la misma fuente, de las 195 causas que ya estaban en los tribunales orales, el 16% (31) concluyeron esa etapa durante el año de las cuales solo 11 (36%) fueron condenatorias. Sin embargo, si se toma en cuenta el total de causas concluidas durante ese año por todas las instancias federales, 831, las 11 finalizadas con condena implican un 1,3%. Todos estos datos responden al nuevo informe del organismo antes citado, cuya publicación todavía no fue dada a conocer pero para este trabajo fueron obtenidos de <https://www.infobae.com/politica/2019/07/15/solo-el-13-de-las-causas-de-corrupcion-tramitadas-en-la-justicia-federal-de-la-capital-en-2017-termino-en-una-condena/> [última consulta: 01/08/2018].

⁹¹ Según un trabajo de la Oficina Anticorrupción de Argentina, que no fue publicado, en la causa conocida como Cuadernos de las coimas relativo a la presunta corrupción de obra pública donde se encuentran involucrados funcionarios públicos y empresarios privados, solamente en embargos hay 269.619.648.122 pesos, lo que equivale aproximadamente a 6 mil millones de USD a un tipo de cambio de 44 pesos. En muchos casos, la plata fue a parar a las jurisdicciones impositivamente neutras referidas en otras secciones de este trabajo. Los datos e infografía se puede ver en <https://www.cronista.com/economiapolitica/En-causas-de-corrupcion-ya-hubo-embargos-por-dos-puntos-del-PBI-20190128-0045.html> [última consulta: 01/08/2018].

delincuentes es bajo si se mantiene el estado de cosas actual. En otras palabras, aun suponiendo un individuo con elevado nivel de activos, es un hecho que el monto de la sanción económica necesaria para disuadir a la DEO sería tan alta que no sería viable. Por ese motivo, resultaría eficiente recurrir también a las no monetarias, con muchas probabilidades de que sea necesaria la pena de prisión.

En segundo lugar, la probabilidad de evitar las sanciones u ocultar las ganancias por parte de la DEO es alta si se piensa en los datos ya brindados y en la descentralización de las organizaciones en diferentes jurisdicciones, con preeminencia de las opacas. Particularmente en los delitos referidos a corrupción, la probabilidad aumenta exponencialmente si se tiene en cuenta la afluencia de estos grupos organizados. Un sencillo ejemplo son las escasas condenas en esa materia en Argentina. Por mencionar uno, en el país hay menos de 20 casos condenatorios de lavado de activos.

En tercer lugar, el nivel de beneficios esperados en la DEO es muy alto si se piensa en los delitos relacionados al narcotráfico global, el lavado de activos, la evasión impositiva a gran escala o la corrupción pública y privada. Evidentemente, en Argentina hasta el momento la curva de oferta de la DEO no solo que actúa de manera inelástica a las sanciones propuestas, sino que viene aumentando debido a la incorrección en la forma de disuadirlos.

En cuarto lugar, el elevado daño esperado y probabilidad de ocurrencia del hecho ilícito. Respecto al daño esperado, allí debería contabilizarse la cuantía del detrimento y el elevadísimo costo de oportunidad de la sociedad frente a estos delitos, en particular los relacionados a corrupción o evasión impositiva a gran escala. Finalmente, teniendo en cuenta las tres variables anteriores, también es alta la probabilidad de ocurrencia de las acciones temidas. Entonces, cuanto mayor sea el daño esperado, la sociedad tendrá mayores incentivos de tomar la elección más barata que consiste en combinar las sanciones de la forma sugerida por el AED, aunque implique incurrir en un costo social, a fin de prevenir la ocurrencia.

Otro ejemplo es el caso de la constructora de Odebrecht, que según las confesiones admitidas por sus funcionarios en Estados Unidos, pagó 35 millones de USD en coimas, aunque según la Red de Periodismo de Investigación Estructurado de la cual forma parte el diario La Nación, la cuenta es un poco más elevada, 59 millones de USD. También en este caso, gran parte de este dinero fue a parar a cuentas en conocidas jurisdicciones opacas. Ver <https://www.lanacion.com.ar/politica/odebrecht-pago-mas-sobornos-en-la-argentina-y-ya-suman-us59-millones-nid2104600> [última consulta: 01/08/2018].

Como adelantamos, parece correcta la intuición de que los casos de DEO, a priori, cumplen con los requisitos planteados por Shavell respecto a que sería eficiente utilizar la prisión como sanción monetaria.

Sin embargo, aunque parece haber acuerdo entre todos los autores del AED acerca de que la prisión proporciona un adicional de disuasión sobre las monetarias, ello no significa que sea la única alternativa. Realmente sería interesante pensar si en el sistema legal argentino son eficientes otras formas de privación de la libertad como la prisión domiciliaria, ya que, impactaría menos en el costo social e igualmente cumpliría con la función disuasoria dejando a la cárcel como última opción. A contramano de esta proposición, pareciera que el legislador plasmó ese beneficio sin consideraciones de eficiencia, ya que, la situación para todos los delitos suele ser la inversa, la regla es la prisión y la excepción es la domiciliaria⁹².

Igual estudio debería realizarse respecto a la flexibilidad con que se utiliza la prisión preventiva en Argentina. Para tener una noción, en más o en menos, alrededor del 50% de la población carcelaria está procesada sin condena⁹³. Sin entrar en detalles legales sobre el principio de inocencia, aunque hay casos donde resulta justificado la prisión preventiva como medida cautelar para cumplir con los fines del proceso penal, esos números deberían llamar la atención. Haciendo un cálculo sencillo, se deduce que gran parte del costo social del sistema penitenciario se produce por la población carcelaria que se encuentra a la espera de una condena, sumado a los costos de oportunidad individual y social y la ineficiente utilización de los recursos. Sin dudas, sería un gran aporte si el legislador argentino , previa investigación, crea una regulación con estándares de eficiencia respecto a cuándo corresponde hacer lugar a la excepción de poner una medida cautelar preventiva sobre la libertad de un procesado.

ii. DENO y AEDP

La DENO, es decir, los actos ilícitos con finalidad económica que son realizados por personas que carecen de una organización con conexión pública privada que esté destinada a asegurar beneficios económicos e impunidad, a diferencia de la DEO, sería eficiente que sea disuadida solo a través de una sanción

⁹² El artículo 32 de la ley 24.660 establece las situaciones bajo las cuales se puede acceder a este beneficio excepcional.

⁹³ Revista de Criminología, Op. Cit., p. 170.

monetaria. Desde el AED, este punto se justifica tanto desde la óptica de Posner como desde la de Shavell.

En términos de Posner, este tipo de delincuencia no cuenta con la afluencia necesaria, siendo el requisito central que propone el autor para que un delito pueda ser considerado DCB. Para ser más claros, si Posner propone como regla la sanción económica para DCB, punto donde disentimos, en su lógica más sentido tendrá que esa sea la sanción eficiente en el caso de la DENO siendo que tiene menor capacidad de provocar un daño elevado y podría ser disuadida a menor costo social.

Por otra parte, mirando la propuesta de Shavell, los actos bajo análisis, en principio, no cumplen con ninguno de los 4 requisitos que justifiquen el uso de una sanción no económica, esto es, tienen menor capacidad de provocar un daño elevado, el nivel de beneficios es pequeño, la probabilidad de que sean capturados es alta y es probable que la sanción no exceda ampliamente el nivel de activos del individuo o que sea probable que pueda solventarlo de algún modo.

Cuando pensamos en la DENO, nos referimos el delito de hurto, robo, el libramiento de cheques sin fondos, los relativos a la ley penal tributaria como la evasión tributaria simple e incluso en algunos casos de lo que en Argentina se considera evasión tributaria agravada, los delitos previstos en la ley 23.737 en su forma no organizada, entre otras. En todas se pueden configurar conductas donde hay una finalidad económica pero no existe una organización que le asigna complejidad al delito, por lo cual, el acto pierde fuerza y puede ser disuadido de manera eficiente a bajo costo con sanciones monetarias.

Además, teniendo presente el menor margen de racionalidad que predomina en este tipo de delincuencia, sería más eficiente, pues, disminuir los recursos destinados a solventar el costo de las sanciones no monetarias, ya que serían reemplazadas por las monetarias, y aumentar el gasto en la variable probabilidad porque, como ya explicamos, la oferta delictiva es más elástica si se agrava esa variable que respecto al tamaño de la sanción.

iii. Dame las drogas, Lisa

En Argentina, como adelantamos, las leyes penales sancionadas en más de una oportunidad carecieron de consistencia en relación a los objetivos generales de

la legislación, particularmente en dos planos: en los tipos penales y en los tipos de sanciones. Un dato importante que brinda una señal en ese sentido es que el código penal, en su estructura general, se encuentra cerca de cumplir 100 años de vigencia.

Entre todas las ineficiencias de un cuerpo normativo que fue emparchado y remendado en sucesivas oportunidades, se destacan los inconvenientes en cuanto a la relación tipo y gravedad de la sanción - capacidad de provocar daño del delito. Esta cuidadosa conexión, que es ampliamente compartida por los autores del AED, indica que la sanciones creadas para disuadir los comportamientos dañosos deben ser utilizadas con siguiente lógica: más grave es el daño social que puede producir el delito, más grave deberá ser la sanción que se prevea en el tipo penal. El orden recomendado por el AED en escala de gravedad de la sanción sería primero la sanción monetaria, luego la no monetaria y finalmente una combinación de ambas, cada una con su propia variedad con la noción rectora de que, salvo excepciones, para pasar de la primera a la segunda la monetaria debe ser utilizada en su máxima expresión posible.

En otras palabras, un sistema jurídico eficiente debe ser coherente con la respuesta a la transgresión de la norma debiendo establecer la gravedad de la sanción teniendo en cuenta la gravedad del delito, ya que, no sería razonable que comportamientos que pueden producir un daño ínfimo tengan la misma escala penal que aquellos que pueden producir costos sociales enormes.

En el Código Penal argentino hay muchos ejemplos de incongruencias. Uno lamentable es la comparación entre las conductas previstas en la ley 23.737⁹⁴ y las tipificadas en los capítulos ya referidos del título XI del Código penal.

En cuanto a la primera, Argentina, en el año 1989, sanciona la referida ley y establece penas de prisión y multa para los distintos delitos allí establecidos. Luego de algunas reformas, en el año 2016 sanciona la ley 27.302 que modifica parcialmente las sanciones, creando un sistema de multas en base a unidades fijas

⁹⁴ En este tema, hay una consideración que voy a dejar al margen, referida a lo poco acertado de perseguir penalmente a la tenencia para consumo de estupefacientes, punto que luego fue dejado de lado parcialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación pero no despenalizado.

cuyo valor se actualiza en base al precio del formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos⁹⁵.

En términos del AEDP, en la ley 23.737, incluso con sus reformas, el legislador argentino planteó sanciones muy cercanas a las máximas posibles para las acciones allí tipificadas a través de agravantes por organización con requisitos laxos para su configuración (art. 11 inciso c) y, como pena, una combinación de sanciones monetarias y no monetarias.

Las acciones típicas previstas en la mencionada ley, es un claro ejemplo de conductas que pueden tener una finalidad económica donde se plantean sanciones similares con un dudoso criterio de distinción. Si bien el juez es quien, a través de la sana crítica y otras pautas de valoración, puede graduar la pena, el legislador al momento de positivizar una norma realiza una elección de política criminal sobre la graduación en abstracto. El hecho de que la escala penal sea con un mínimo alto y sanciones mixtas, hace que se haya plasmado la misma disuasión a quienes venden una mínima cantidad que para quienes lo hacen en mayores volúmenes. Sin embargo, son situaciones que bien podrían resolverse de manera diferente y a menores costos.

Además, el ejemplo es paradigmático, porque, en el año 2017 un 34,79% de la población del Sistema Penitenciario Federal fue condenada en el marco de la ley 23.737 (la institución no aclara por cuál artículo) lo que implica que un tercio del costo social del Servicio Penitenciario Federal se pone en juego dicha norma⁹⁶.

A la vez, según la Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal, en el mismo año se iniciaron 24 mil causas (un 52% en el marco del artículo 5 inciso c), un 28% por el artículo 14 por tenencia para consumo personal, un 10% en el marco del mismo artículo por tenencia simple, un 4% por el artículo 5 inciso d), un 3% por el artículo 866 del Código Aduanero y el 4% restante fue clasificado como otros). En definitiva, aunque faltarían datos para tener un panorama más claro de la realidad, hay algunos puntos que resaltan a primera vista. En primer lugar, un 38% de las causas son de tenencia para consumo personal y simple, algo que no debería ser penado, pero si se decide hacerlo puede ser disuadido perfectamente con una pena de multa sin incurrir en los costos sociales como sucede en otras partes del

⁹⁵ Este sistema fue puesto en tela de juicio y la Cámara Federal de Casación Penal, máximo tribunal penal del país, lo declaró constitucional en sucesivas ocasiones.

⁹⁶ Revista de Criminología Op. Cit., p. 172.

mundo. En segundo lugar, el 56% son causas en el marco del artículo 5 inciso c y d donde el fin económico comercial es lo que prima y debe distinguirse entre aquellos delitos organizados y no organizados de manera más exacta para: 1) disminuir los costos sociales en aquellos casos donde no haya sido organizado ni tenga mayor relevancia el daño esperado pudiendo también ser disuadido con penas de multa; 2) sancionar de manera más específica a aquellos que sí tienen montado una empresa lucrativa con estupefacientes provocando mayores daños en su accionar.

Finalmente, mirando la estructura general del Código Penal, las escalas penales no tienen la coherencia que propone el AED. Por un lado, la ley 23.737 sanciona con penas con monetarias y no monetarias de manera conjunta casi sin distinguir los actores. Por otra parte, los delitos potencialmente igual o más peligrosos, como los que van contra la administración pública, si bien desde la reforma de la ley 27.401 del año 2017 también son sancionados de manera dual, los años de cárcel no guardan relación en uno y otro caso. Delitos como el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos (Título XI, capítulos VI, VII, VIII y IX bis del CP) tienen una pena de prisión máxima de 6 años y los delitos de la ley 23.737, una similar en el caso de tenencia simple y para consumo personal (dos y seis años en el artículo 14) o una de 15 años en los casos del artículo 5 (por ejemplo, sembrar semillas o cultivar plantas, comercialización, etc).

Conclusión

En conclusión, de igual manera que Posner en su trabajo, en este tampoco discutimos acerca de cuál es el nivel exacto de sanción que se debe imponer, ni cuál es el nivel de riesgo que los individuos están dispuestos a asumir para cometer acciones relacionadas a DCB, DEO o DENO, sino que estudiamos qué tipo de sanción por regla general merecen los delitos económicos.

El interés se explica porque, aunque el juez es quien tiene la palabra final para graduar la pena, el legislador es quien, al momento de sancionar una ley, evalúa el mérito y la oportunidad de la política criminal a través de la introducción de las conductas típicas y de la graduación en abstracto de la pena. Su temperamento, salvo disfunción flagrante con la Constitución Nacional o las convenciones internacionales obligatorias, resulta inmodificable por la autoridad judicial. Los tribunales de máxima instancia del país tienen la opinión de que, en tanto la Constitución Nacional le atribuyó al Congreso la facultad privativa de dictar normas, resulta ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones y su revisión, en principio, escapa a la órbita judicial.

Posner eligió el criterio de la afluencia para distinguir los delitos económicos del resto de las acciones ilícitas y argumentó que la sanción económica debe ser la regla. En nuestro caso, pensamos que el criterio de distinción más eficiente es la organización, porque, combinados con la propuesta de Shavell, permite reducir los costos sociales del sistema de sanciones y precisa con mayor exactitud la manera en que, a priori, deben ser disuadidos los comportamientos ilícitos relacionados a delitos económicos. Es decir, permite distinguir dentro del universo de esta delincuencia, aquellos que son aptos de disuadir solamente con una multa, reduciendo el costo social de sancionarlos, de los que requieren mayores exigencias.

Si realmente se tiene como meta la responsabilidad en la utilización de los recursos la eficiencia debe ser el norte para establecer la regla de que la DENO deben ser sancionados sólo con multa. De la misma manera, si se pretende que en Argentina, y probablemente en otras jurisdicciones, la curva de oferta de la DEO deje de ser inelástica y se vuelva sensible a las sanciones, deben aumentar los

costos esperados de los delincuentes para que la ecuación les dé un resultado esperado negativo.

Esta precisión que realizamos, además, se inspira en la propuesta de Becker quien plantea la inquietante pregunta de cuánta delincuencia estamos dispuestos a soportar como sociedad. A la vez, es consecuente con el objetivo del AED que intenta evaluar con precisión el equilibrio entre unidades de prevención y sanción a fin de invertir los recursos a los fines más eficientes según objetivo deseado.

Ese fin sería conseguido si la arquitectura jurídica que compone el sistema sancionatorio argentino se organizara respetando la lógica planteada por el AED, a saber, a mayor daño esperado de la acción, más grave debe ser la sanción.

A su vez, la gravedad de la sanción debe seguir la graduación de penas monetarias hasta su máxima expresión y luego combinarlas con penas no monetarias.

Dentro de las penas no monetarias, sería un aporte importante aplicar creatividad para pensar desincentivos y explorar ese universo de posibilidades. En el caso de la prisión, pena por antonomasia del legislador argentino, debe efectivamente ser la última elección, ya que, aunque tiene ventajas, para la mayoría de los casos es ineficiente.

Además, aunque en el discurso público se siga pensando que más pena es equivalente a menos delito, e incluso a pesar de que esas críticas recibió el AED, es errado ese razonamiento. Precisamente, en los delitos económicos, el punto arquimédico es estudiar con precisión cuáles son los incentivos institucionales de los agentes a cometer ciertas acciones para luego pensar la graduación y el tipo de pena que resulta eficiente aplicar.

El ejemplo de la ley 23.737 traído a colación es paradigmático. Desde su aparición, las sanciones no han parado de agravarse, sin embargo, los delitos allí comprendidos no han parado de aumentar. Dicho de otra manera, con esa ley se sanciona mucho y mal. Misma consideración con respecto a las sanciones que plantea el Código Penal para los casos de corrupción, solo que allí se sanciona poco y mal.

En síntesis, si el objetivo es evitar ciertas conductas y reducir el costo social de sancionar otras, estamos convencidos de que el camino más lógico para el

legislador argentino es empezar a tomarse más en serio la tarea de crear las normas que luego constituirán la arquitectura de incentivos.