

Revista Crítica Penal y Poder
2018, n° 14,
Marzo (pp.76-97)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



**FRAUDE EN PRODUCTOS FINANCIEROS Y COMPLIANCE REGULATORIO:
¿POR QUÉ SE NECESITAN MEDIOS ALTERNATIVOS DE CONTROL?***

*SECURITIES FRAUD AND REGULATORY COMPLIANCE:
WHY ALTERNATIVE MEANS OF CONTROL ARE NECESSARY?*

Gregg Barak, Ph.D.¹

Eastern Michigan University

RESUMEN

Este artículo se basa en la acumulación y análisis de mucha información sobre fraudes en productos financieros y compliance² regulatorio desde la implosión financiera de Wall Street

* Traducción del *texto en inglés* de la conferencia pronunciada por Gregg Barak el 21 de abril de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el marco del proyecto de investigación DECyT 1606 “Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina - Para una visibilización de la violencia invisible” (dir. María Laura Böhm), con la organización conjunta de la Dirección de Relaciones Internacionales, el Depto. de Derecho Penal y Criminología y el Depto. de Ciencias Sociales de la Facultad. Traducción grupal realizada por Rodrigo Raskovsky (coord.), Ma. del Pilar Mayoral, Victoria Pla, Victoria Fiorotto y Axel Ojeda, integrantes del equipo de investigación.

¹ Profesor de Criminología y Sistema Penal en la Eastern Michigan University, antiguo profesor visitante distinguido en la Facultad de Justicia y Seguridad de la Eastern Kentucky University. Vigésimoséptimo miembro de la Academia de Ciencias de la Justicia Criminal. Galardonado con el premio *Lifetime Achievement Award* de la División Crítica de la Sociedad Estadounidense de Criminología. Profesor del proyecto de la fundación Fulbright “*Globalization, Illegalities, and Transnational Control: Theoretical and Practical Implications for Addressing the International Crimes of the Powerful.*” llevado adelante en la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, en Porto Alegre, Brasil. Además es autor y/o editor de numerosos libros sobre delincuencia, justicia, medios de comunicación, violencia, derecho penal, personas sin hogar, derechos humanos y crimen corporativo.

² Nota del traductor: se prefirió conservar el término *compliance* en su idioma original por la extensión de su uso sin traducción en el espacio hispanoparlante, así como en otros idiomas. El término significa literalmente:

en 2008. Su objetivo no es el control de los fraudes de productos financieros de alto riesgo mediante una mejor identificación y una mayor aplicación de las leyes administrativas, civiles y/o penales existentes (o nuevas). Por el contrario, se trata de demostrar la inutilidad de estas estrategias y exponer la necesidad estructural de desarrollar otros medios de control social. El artículo comienza ubicando el capital financiero global dentro de la economía mundial a fin de relacionar las discusiones sobre el control del delito dentro del marco de referencia del desarrollo capitalista. Para continuar mi argumentación, prosigo describiendo las fuerzas contradictorias del capitalismo de libre mercado, así como el fracaso de las leyes sobre productos financieros para impedir los fraudes financieros de Wall Street. A continuación, tomo en cuenta la falta de controles e ineficacia de las intervenciones estatales en los fraudes financieros de alto riesgo. Por último, en el marco de la construcción de un ecosistema globalmente sostenible, presento una serie de prescripciones políticas que podrían marcar una diferencia en la lucha contra los fraudes de productos financieros.

Palabras clave: *fraude de productos financieros, compliance, Wall Street, control del delito, capital financiero, economía mundial, políticas alternativas*

ABSTRACT

This article is based on an accumulation of much information and analysis of security frauds and regulatory compliance since the Wall Street Financial Implosion of 2008. Its objective is not about controlling high-risk securities frauds through improved identification and enhanced enforcement of existing (or new) administrative, civil, and/or criminal laws. On the contrary, it is about demonstrating the futility of these strategies and revealing the structural necessities for developing other means of social control. The article proceeds by locating financial global capital within the world economy so as to relate discussions of crime control within the framework of capitalist development. To advance my argument, I begin by describing the contradictory forces of free-market capitalism as well as the failures of securities law to deter Wall Street like financial frauds. I then turn to an appraisal of the inefficacies and noncontrols of state-legal interventions into high-stakes financial frauds. Finally, consistent with the building of a globally sustainable ecosystem, I present an array of policy prescriptions that could make a difference in the struggle against securities frauds.

Key words: *securities frauds, compliance, Wall Street, crime control, financial capital, global economy, alternative policy*

cumplimiento. Sin embargo, suele traducirse como *cumplimiento normativo* o *cumplimiento regulatorio*; en alusión a que se trata del cumplimiento de reglas de derecho.

1. Introducción

Esta presentación no es sobre controlar los fraudes de productos financieros de alto riesgo mediante la mejor identificación de los riesgos y una mayor aplicación de las leyes administrativas, civiles y/o penales existentes (o nuevas). Más bien, se enfoca en demostrar la inutilidad de estas estrategias y compartir la necesidad estructural de desarrollar otras formas de control social sobre los delitos de la economía (Ruggiero:2013). A fin de anclar las discusiones sobre la delincuencia y el control del delito dentro de las leyes de la expansión capitalista, primero procederé a ubicar el capital financiero global dentro de la economía política mundial.

Para avanzar en el argumento de políticas alternativas, primero describo las fuerzas contradictorias del capitalismo de libre mercado, así como el fracaso de las leyes sobre productos financieros para impedir los fraudes financieros de Wall Street. A continuación, tomo en cuenta la falta de controles e ineficacia de las intervenciones estatales en los fraudes financieros de alto riesgo. Por último, en el marco de la construcción de un ecosistema globalmente sostenible, señalo más de 30 políticas alternativas o recomendaciones para manejar más eficazmente el dinero sucio, la delincuencia financiera y los delitos cometidos por corporaciones multinacionales de mucho poder. En conjunto, estas políticas alternativas de control no represivo de la financiarización del delito económico en general, y del fraude de productos financieros, en particular, giran en torno a la redistribución del poder social, político y económico como un plan para evitar futuras catástrofes comerciales, originadas principalmente por la creciente concentración del capital financiero global. Estas políticas también anticipan el distanciamiento de las economías de libre mercado y un corrimiento hacia economías sociales con mercados justos, no muy diferentes de lo que se ha venido desarrollando en la provincia canadiense de Quebec, durante las últimas dos décadas, y hacia economías locales más verdes como la de Portland, estado de Oregón, en los Estados Unidos.

Durante los últimos años, comenzando en 2012, con la publicación de mi libro *Theft of a Nation: Wall Street Looting and Federal Regulatory Colludin*^{NdeT}, he sostenido que en el futuro previsible *los delitos dominantes del capitalismo financiero o delitos del control capitalista* permanecerían fuera de las normas formales de criminalización y más allá del alcance de la criminalización primaria. Con la publicación de la obra bajo mi edición, *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, en 2015 adopté la postura según la cual mientras las prácticas sociales y las configuraciones políticas prevalecientes estén confluyendo en una hegemonía de los estados capitalistas neoliberales y una creciente política económica global de financiarización, el énfasis en las sanciones penales no debe ser tomado como una estrategia realista para detener los delitos financieros de alto riesgo. Sin embargo, en tanto exista la necesidad de contener estos delitos, no he querido eliminar los

^{NdeT} En todos los casos en que se citan obras que no se encuentran traducidas mantenemos el título de las mismas en el idioma original para facilitar su ubicación. En los casos en que el contenido de los títulos resulte de importancia para el texto su traducción se realiza entre paréntesis.

fraudes de productos financieros del repertorio penal, aunque sea sólo por su valor simbólico, más que por algún valor disuasorio, así como por sus usos socialmente constructivos.

Con la reciente publicación, en 2017, de mi libro *Unchecked Corporate Power: Why the Crimes of Multinational Corporation are Rutinized Away and What We Can Do About It*, traté de demostrar empíricamente, y de revelar estratégicamente, cómo en la batalla para frustrar los delitos de la multinacionales existen una serie de alternativas al derecho penal, civil y administrativo que, potencialmente, representan estrategias sociales y económicas más viables para frenar los delitos de un desenfrenado poder corporativo.

Antes de comenzar mi razonamiento, es importante que explique brevemente mi posición para no ser mal interpretado, o para que se me pueda entender totalmente. Si bien reconozco que, tradicionalmente, los gobiernos nacionales y los organismos judiciales internacionales han sido poco entusiastas respecto del uso de sanciones penales contra grupos poderosos, más recientemente, estas entidades gubernamentales y administrativas no han demostrado ningún interés en hacer caer la actual gestión del oligopolio bancario o en fragmentar las corporaciones empresariales, a pesar de su criminalidad y la existencia de leyes de larga data (por ejemplo, las leyes antitrust o anti-monopolio) pensadas precisamente para hacerlo. Al mismo tiempo, también reconozco y estoy en desacuerdo con los mitos ortodoxos de *demasiado grande para quebrar o demasiado grande para ir preso*^{NdeT}. En la mayoría de los casos de delitos financieros, si no en todos, el derecho penal podría aplicarse sin consecuencias nefastas para las organizaciones financieras, la economía global ni los Estados en general (Kreiner Ramirez & Ramirez: 2017).

Es decir, si el tamaño de algunas instituciones financieras crea problemas para quienes aplicarán las reglas del estado de derecho a los megabancos de Wall Street, entonces, por ejemplo, el poder estatal de inhabilitación podría operar para fragmentar la industria de los servicios financieros en pequeñas empresas para los accionistas. En tanto que para los altos directivos que, aún sin participar, toleran la delincuencia empresarial, la ley penal sigue siendo adecuada para someterlos a severas sanciones. En consecuencia, adscribo y apoyo plenamente al uso de la *pena de muerte* corporativa y la *pena de muerte* profesional para los delincuentes corporativos de las categorías superiores. Para ser claros aquí: generalmente no existen justificaciones razonables –sólo excusas interesadas– para no acusar penalmente a los autores de estos delitos.

Mi propuesta aquí es abordar las contradicciones fundamentales de la acumulación, reproducción y sostenibilidad capitalista. Específicamente, en miras a reducir tanto los fraudes de productos financieros como los riesgos especulativos asociados con estos delitos, el argumento es que, cuando se institucionalicen globalmente, estas políticas alternativas permitirían a todos los Estados un conjunto de estrategias de crecimiento más equilibrado, estable y sostenible que el actualmente existente. Por otra parte, se asume que, bajo el ordenamiento jurídico y social del capitalismo global imperante, las políticas preferidas, si

^{NdeT} La expresión en inglés *too big to too fail or to big to jail* (demasiado grande para quebrar o demasiado grande para ir preso) es abreviada en el texto original con las siglas TBTF, conservamos el uso de la sigla allí donde aparecía en el original. La expresión representa la idea de aquellas entidades o individuos cuya quiebra o sanción penal, por su dimensión económica, podría traer consecuencias desastrosas sobre todo el sistema económico de determinada región.

no dogmáticas, del neoliberalismo: la privatización y la austeridad, han demostrado, tanto en el pasado como en el presente, que son contraproducentes para las metas y objetivos que proclaman. Por ejemplo, basado en datos de 29 economías avanzadas, puedo afirmar que las políticas de austeridad afectaron negativamente el desempeño económico al no reducir la deuda y en su lugar reducir el PBI, la inflación, el consumo y la inversión³.

Por el contrario, me interesan los cambios estructurales que resisten, por un lado, los caminos actuales hacia la insostenible expansión del capital, como los salvatajes de contribuyentes y consumidores, y que apoyan, por otra parte, una variedad de transformaciones sociales y culturales en diversos frentes que incluyen, por ejemplo, deudas estudiantiles, desinversión de los gobiernos locales, o servicios y desarrollo comunitarios sin fines de lucro. Como alternativa a los fraudes de productos financieros contemporáneos y al incumplimiento de la normativa regulatoria, los cambios básicos deberían incluir la re-constitución de los mega bancos bajo algún tipo de acuerdo de nacionalización y/o de banca pública y utilidades compartidas. Con respecto a la acumulación y reproducción capitalista, los cambios esenciales incluirían políticas económicas de redistribución para hacer frente a las crecientes disparidades económicas. También incluirían políticas para debilitar o rechazar las políticas antidemocráticas del poder político y económico que se nutren de las crecientes desigualdades mundiales. La clave para enfrentar al poder corporativo desenfrenado y los delitos que se derivan de estos negociados está en las políticas emergentes y en el desarrollo del capitalismo democrático y el pragmatismo sostenible (Barak: 2012).

En cambio, no estoy interesado en ninguno de los medios informales existentes de control no-sancionatorio o de despenalización que se han utilizado para contener la delincuencia corporativa en general y los daños financieros de alto riesgo en particular. Estas “alternativas” a las sanciones penales formales han incluido esfuerzos para re-regular o autorregular, como un mejor auto-monitoreo, una conducta ética más estricta o una mayor responsabilidad social. Durante varias décadas estas ideas banales y prácticas de insolvencia han demostrado ser inadecuadas para abordar cualquier forma de comportamiento corporativo desviado. En suma (o en resta) existen unas políticas de compensación, mal definidas y no vinculantes, para la infracción ejecutiva, la mala conducta deliberada, y la negligencia, las cuales emanan directamente de las leyes Sarbanes-Oxley (2002) y Dodd-Frank (2010). En resumen, estas restricciones no penales han sido de poco valor, más allá de sus confusos recursos ideológicos que consistentemente han fallado en reconocer, cuestionar o impedir las fuerzas que impulsan la insostenible reproducción del capital y el crecimiento exponencial que anima a estos delitos de la financiarización.

2. La economía mundial en la era de la globalización.

³ “The Failure of Austerity in the Great Recession” por Christopher House, Christian Proebsting, and Linda Tesar. Divulgado el 13 de abril de 2017 por Yves Smith en www.nakedcapitalism.com (acceso 25 de Marzo de 2018), originalmente publicado por sus autores en *VoxEu* (<https://voxeu.org/article/austerity-aftermath-great-recession>; acceso 25 de Marzo de 2018).

Al contextualizar el estado del capitalismo global, la mayoría de los economistas coincidirán en que la complejidad de las fuerzas que moldean las instituciones macroeconómicas en la actualidad son consecuencia del hecho de que las tasas de crecimiento de la producción han caído en todo el mundo. En parte, esta situación económica es un legado tanto de la Eurozona como de las crisis económicas supranacionales que todavía persisten hoy en día en la mayoría de los países. De modo más sistemático, podemos decir que estas economías de deuda han ido en aumento por casi dos décadas. Dicho de otro modo, en distintos grados, los altos niveles de endeudamiento –público, corporativo y doméstico–, continúan teniendo peso en el gasto y en el crecimiento, en los préstamos en mora y caídos, y en la limitación de la oferta de créditos para nuevos préstamos. Respecto a la disminución del consumo y del crecimiento de la producción que amenazan la expansión exponencial de la acumulación y reproducción del capital en las economías avanzadas, estas también ocurrían antes de que la crisis económica mundial las agravara, tanto al reducir los préstamos para inversiones, como al debilitar el aumento de la productividad.

En mercados emergentes estos efectos fueron aún más pronunciados, especialmente allí donde el envejecimiento de la población, una menor acumulación de capital y un crecimiento más lento de la producción se combinaron para configurar un potencial general más débil en vistas a una expansión sostenible a futuro. En pocas palabras, el crecimiento o la falta de crecimiento es, en el mejor de los casos, irregular y en el peor de los casos, catastrófico. En el capitalismo de mercado, en tiempos ordinarios, los ganadores y perdedores se distribuyen según los grandes movimientos monetarios tales como: cuando se establecen las principales tasas de interés para préstamos internacionales y de otras tasas de interés de referencia; el aumento o la disminución del precio del petróleo o del maíz; o la determinación del tipo de cambio y precio relativo entre el dólar, el euro y el yen. En tiempos extraordinarios, a menudo los ganadores y perdedores han sido establecidos en relación con las crisis de deuda y las respuestas de los principales bancos frente a aquellas. Tal como cuando estas instituciones financieras clave, en respuesta al efecto dominó de la implosión de Wall Street de 2008, gastaron más de 10 trillones de dólares para estimular la economía (Barak: 2012).

Este tipo de estimulación económica creó un tsunami de dinero barato que se transformó en un medio para mantener y sostener el crecimiento en varios países, al mismo tiempo que redujo el desempleo y el hambre, si es que no evitó también el pánico fiscal. Sin embargo, durante el periodo que siguió a la Gran Recesión, 2009-2014, un tercio de los países europeos no experimentaron ningún crecimiento en su PBI. Más aun, las perspectivas de la economía griega en *default*^{NdeT} crearon un ligero pánico en los mercados bursátiles que resonó alrededor del mundo mientras inversores preocupados vendían sus acciones. Por un periodo transitorio, los índices de muchos de los principales mercados bursátiles del mundo cayeron precipitadamente, incluyendo una caída de más del 20% en China. Similares corridas a la baja ocurrieron en otros mercados bursátiles cuando los vendedores se volcaron a los bonos gubernamentales más seguros. Los bonos pagan menos que las acciones por lo que a su vez esto solo agravó el problema de escasez de dinero y de préstamos. La cuestión es que mientras Grecia puede representar todavía un caso extremo de endeudamiento del Estado, las elevadas

^{NdeT} Mantenemos la expresión *default* en idioma original pues su uso se ha extendido al castellano como sinónimo de cesación de pagos o mora, especialmente en cuanto a la cuestión de deudas estatales.

tasas de endeudamiento tanto de otros gobiernos como de corporaciones ha tenido como efecto el estancamiento de otras economías mundiales significativas de países tan diversos como Brasil, Turquía, Italia y China (Barak, 2015:525-536).

Mientras tanto, las tasas de crecimiento anual en Estados Unidos todavía son débiles y estuvieron rondando un pobre promedio de 2.1% a principios de 2017. De hecho, Estados Unidos registró una tasa de crecimiento de solo el 0,7 % en el primer trimestre de 2017, la más baja en tres años⁴. Por otro lado, desde la implosión de Wall Street, el mercado bursátil estadounidense se ha recuperado con fuerza en tanto el Dow Jones registró un máximo histórico que superó los 20,000 puntos, casi llegando a los 21,000, durante el primer semestre de 2017. Sin embargo, más de unos cuantos economistas, y por lo menos un criminólogo, creen que estos mercados prontamente van a ir a la baja o incluso peor. Entendemos que el grueso del comercio fue sostenido por la reactivación del mercado inmobiliario que se benefició por casi una década de bajas tasas de interés e hipotecarias. De hecho, al momento de finalizar este artículo, en abril de 2017, solo pasaron seis meses desde que la responsable de la Reserva Federal de los Estados Unidos, Janet Jellan, comenzó a elevar lentamente esas tasas, aumentándolas gradualmente hacia niveles históricos razonables, esto es, más del doble de los actuales –que son menores al cuatro por ciento–.

Con relación a América del Sur. Desde el año 2015 Brasil, la economía más grande del hemisferio, estuvo registrando PBI negativos. A su vez, luego de una década de depresión, Argentina –la segunda economía más grande en esta parte del mundo–, registró en 2016 un PBI de 2,57%. En otras palabras, tras algunos años de lo que se pensaba era una lenta reactivación, Argentina está ahora también desplazándose en dirección negativa. Ambos países, además de sus economías globales ineficientes, han estado enfrentando múltiples retos políticos. Esto incluye, entre otros, la reducción del poder adquisitivo en los hogares, el aumento de las tarifas de los servicios públicos y de las tasas delictivas, recortes en los servicios sociales y en las agencias policiales. Asimismo, mientras la tasa de desempleo argentino ha estado rondando el 7,5% en los últimos cinco años, la tasa de desempleo en Brasil aumentó a una cifra record de 13,2% en el primer trimestre de 2017 con 13,55 millones de desempleados⁵. En ambos países, los líderes políticos han afrontado también arduas negociaciones salariales, reducción en las jubilaciones y una espiral decreciente de la confianza en el gobierno y en el consumo. Además de estas malas noticias, ambos países se ven envueltos en denuncias continuas de corrupción política y mala administración económica. A pesar de los esfuerzos realizados para reducir sus deudas no hay señales de alivio a la vista ni para Brasil ni para Argentina.

⁴ Breaking News Alert, 28 de abril de 2017 “The U.S. economy grew at a sluggish 0.7 percent rate to start 2017, the weakest quarterly showing in three years.” <https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=e06vfg3e8r6he#2324603007> (acceso: 25 de marzo de 2018)

⁵ “Brazil Tumbles Deeper into Its Worst Ever Recession.” 8 de marzo de 2017. <http://www.cnbc.com/2017/03/08/brazil-tumbles-deeper-into-its-worst-ever-depression.html> (acceso: 25 de marzo de 2018) and “Argentina Economic Outlook.” 11 de abril de 2017. *Focus Economics* <http://www.focus-economics.com/countries/argentina> (acceso: 25 de marzo de 2018)

Quisiera subrayar además que las actuales políticas neoliberales de ajuste empeoran aún más la situación al reducir, en lugar de favorecer, la demanda. Por ejemplo, con la reelección de Dilma Rousseff en 2014, Brasil comenzó a implementar políticas de austeridad e intentó promover un programa de ajuste fiscal, ello sólo contribuyó al deterioro de la posición monetaria de Brasil y al bajo nivel de rendimiento en su actividad económica. En un momento en el cual el estado debería de haber actuado en forma anti-cíclica, la contracción fiscal solo acentuó la fuerte recesión y socavó la recuperación económica. La cuestión es que la reducción del gasto por parte del gobierno generó el resultado negativo habitual en términos de ingresos económicos. Tal como sucedió en el pasado, estas políticas demostraron ser inadecuadas para estimular el crecimiento económico. En 2015 y 2016, la economía del país se redujo en 3,8% y 3,6% respectivamente. Este espiral descendente fue principalmente el resultado del colapso de los niveles de inversión y la caída de los precios de los *commodities*^{NdeT} y del consumo⁶.

Ante el fracaso de las estrategias neoliberales y las políticas del pasado para estimular la economía, y asumiendo que el gobierno de Rousseff conocía efectivamente tales errores del pasado, ¿por qué los repetiría? Por lo menos por dos razones básicas: Fundamentalmente, debido a las presiones ejercidas por el mercado financiero que insistía en un severo ajuste fiscal para mantener el grado de inversión respaldado por las principales agencias internacionales de calificación crediticia. En segundo lugar, se pensaba –según lo propiciaba el equipo económico del gobierno brasileño– que un severo ajuste fiscal podía implementarse sin consecuencias negativas en términos de PBI y empleo. En síntesis, Brasil hizo lo que cualquier otro país, sujeto a la hegemonía del capital global y al Fondo Monetario Internacional, hubiera hecho, esto es, seguir el mantra del libre mercado sobre qué hacer ante una crisis capitalista de caída de la demanda.

En relación al futuro clima económico en Argentina y Brasil, así como en el resto del mundo, la pregunta, desde hace un tiempo, ha sido: ¿cuánto tiempo puede extenderse el crédito a los consumidores y a los Estados, en tanto todos ellos comparten la incapacidad de pagar sus deudas? Exacerbando la desaceleración en el crecimiento de la economía global y el categórico estancamiento en ciertas áreas geográficas encontramos la creciente competencia del capitalismo monopólico, asociada con las políticas económicas geopolíticas y neoliberales de privatización y austeridad que han acelerado la caída de las economías nacionales por aproximadamente tres décadas. Más desalentador que la falta de crecimiento global del PBI, fue la falta de crecimiento del comercio mundial. En 2016, la tasa de crecimiento del comercio mundial estuvo por debajo de la estimada por sexto año consecutivo. Por ejemplo, el FMI estimó que el volumen del comercio mundial crecería a una tasa promedio anual del 5,1% durante el periodo 2011-2016. Sin embargo, la tasa de

^{NdeT} Mantenemos la expresión *commodities* en idioma original pues su uso se ha extendido al castellano para referirse, en ámbito económicos y políticos a las materias primas o productos básicos cuando son usados como “activo” de inversión en el mercado bursátil.

⁶ Pam Kwan Yuk, “Brazil’s Economy Shrinks 3.6% in 2016. *Financial Times*, 7 de marzo de 2017. <https://www.ft.com/content/e1c89278-c33c-3f8e-83ae-985497365cf6> (acceso: 25 de marzo de 2018)

crecimiento efectiva alcanzó solamente alrededor del 60 por ciento del valor estimado, es decir, el 3,2% anual⁷.

Estas relaciones económicas de bajo PBI y bajo comercio mundial han sido sostenidas, por ejemplo, a través de la aprobación de acuerdos comerciales internacionales asimétricos, tales como el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). De igual modo, existen otros países pertenecientes a diversas regiones geográficas que han estado desarrollando bloques comerciales y asociaciones. La coalición entre Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica o “los países BRICS” ha establecido recientemente la Asociación Económica Integral Regional. Esta asociación comercial involucra diez países del Sudeste asiático, incluyendo China, pero excluyendo a los Estados Unidos. Esta alianza representa el 50 por ciento de la población mundial.

Históricamente, estos tratados de libre comercio asimétricos han reducido los aranceles, disminuido los salarios, producido estragos en el medioambiente y marginado tanto a ciudadanos como a Estados soberanos. Los efectos combinados de todo ello han minimizado los riesgos corporativos y han descriminalizado de hecho múltiples tipos de daño institucionalizado y daño social. El ex Secretario de Trabajo de los Estados Unidos, Robert Reich, hizo referencia al TPP o Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica de 2015, hoy fracasado al igual que el NAFTA debido a su sobredimensionamiento, como parte de la última generación de acuerdos comerciales a nivel mundial. El TPP y otros acuerdos comerciales como el TISA o Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, si fueran adoptados a nivel global, perjudicarían la capacidad de los gobiernos democráticos de proteger a sus ciudadanos de los delitos y abusos de las multinacionales. Por ejemplo, dentro de estos acuerdos se encuentran insertas cláusulas de arbitraje de inversiones que establecen tribunales especiales y un marco jurídico de derecho corporativo internacional. En conjunto, esto permite que las multinacionales demanden tanto a los gobiernos, como a los reguladores, por aquellas normas que interfieren en los resultados de las corporaciones o con el aumento de sus beneficios (Barak: 2017).

Por último, los países desarrollados de todo el mundo se mueven hacia economías informales, donde, por ejemplo, se prevé que para el 2020 y 2025, en los Estados Unidos, el 40 o 50 por ciento de la fuerza laboral, respectivamente, dependerá de un trabajo incierto. Es decir que, cada vez más, estos trabajadores no tendrán predictibilidad acerca de sus ganancias, horas de trabajo o beneficios. Este grupo de trabajadores eventuales, en lugar de trabajadores permanentes, crece rápidamente e incluye ahora, programadores de *software*^{NdeT}, periodistas, conductores de Uber, estenógrafos, cuidadores de niños, *TaskRabbits*^{NdeT}, esteticistas,

⁷ *The Real Economy Bulletin: Trends, Developments and Data*, último cuarto de 2016. Tips Publication. https://www.tips.org.za/images/The_Real_Economy_Bulletin_Fourth_Quarter_2016.pdf (acceso: 25 de marzo de 2018)

^{NdeT} Nuevamente se utiliza la expresión software en idioma original por su difundido uso en castellano, en todos los ámbitos, para referirse a los programas de computación.

^{NdeT} Mantenemos la expresión en inglés pues no hay traducción equivalente, el concepto más similar sería el de mandadero, aunque no expresa todo lo que incluye la expresión pues TaskRabbits es solo una plataforma

plomeros, *Airbnb's*^{NdeT}, profesores adjuntos, enfermeros contratados, y muchos más trabajadores responsables. Por supuesto que las economías informales y los trabajadores eventuales solo disminuirán aún más la demanda de consumo y desacelerarán el crecimiento económico (BM & FMI: 2013). En síntesis, en la era de la globalización del capital y el cambio de las relaciones laborales en cuanto a su naturaleza, tanto los asalariados como los consumidores se encuentran cada vez más librados a su propia suerte para sobrevivir, soportando la mayoría, si no la totalidad, de los riesgos vinculados a la cambiante política económica mundial.

3. Las fuerzas contradictorias del capitalismo de libre mercado y las fallas de las leyes de productos financieros para detener los fraudes financieros de Wall Street.

La criminalización primaria de los fraudes de productos financieros está sujeta a las fuerzas contradictorias del capitalismo de libre mercado. Por ejemplo, cuando intereses y comportamientos igualmente dominantes de la economía política son ambos ilegales y altamente rentables, como lo fueron numerosas transacciones financieras en las vísperas de la crisis de Wall Street, entonces el Estado capitalista se encuentra a sí mismo tratando tanto de castigar como de justificar estos comportamientos fraudulentos. Durante la reciente implosión financiera, estas contradicciones fueron reconciliadas mediante la aplicación de leyes civiles y administrativas en lugar de acudir al derecho penal. Por ejemplo, en un caso civil prejudicial^{NdeT}, JP Morgan Chase accedió al pago de una multa de 13 billones de dólares para resolver reclamos estatales y federales por fraudes en productos financieros. En forma similar, otros cinco grandes bancos estadounidenses acordaron pagar alrededor de 25 billones de dólares para resolver los reclamos relacionados con sus prácticas hipotecarias fraudulentas e ilegales en lugar de enfrentar proceso civiles o penales (Barak, 2016:131-145).

Las omisiones en la aplicación de la ley penal ocurren a través de negaciones sociales y culturales de la intencionalidad de las instituciones financieras responsables de la crisis, así como de la correspondiente falta de responsabilidad moral de los banqueros a cargo de las mismas. En los Estados Unidos, la capitulación tanto de los medios masivos de comunicación como de los ámbitos académicos del derecho, la economía y la política criminal también han reforzado estas negaciones cognitivas. Ya se trate de examinar las realidades socio-legales o políticas de la ejecución de infracciones no penales en materia de productos financieros con el lente de la criminología, la economía o la jurisprudencia, sus orientaciones tradicionales

(entre otras) creada para solicitar y ofrecer la realización de servicios personales de tareas cotidianas por un precio.

^{NdeT} Al igual que en la nota anterior mantenemos la expresión original pues no existe expresión equivalente en castellano. Airbnb en una plataforma de alquileres a corto plazo (mayormente turísticos), sin los típicos servicios de hotelería,

^{NdeT} El término original utilizado por el autor es "pre-adjudicated" (es decir pre-resuelto o pre-adjudicado), siendo que la pre-resolución es el proceso de "limpieza" o "depuración" de reclamos antes de que sean presentados al sistema de resolución formal para su procesamiento por primera vez. Este proceso, en cuanto a reclamos por daños civiles, tiene como objetivo aumentar la probabilidad de resolver correctamente durante la etapa previa y reducir la intervención formal del sistema. Esto sería de algún modo similar a lo que también se conoce como conciliación pre-judicial.

han sido ideológicamente faltas de compromiso y acríticas del rol desempeñado por el Estado capitalista.

En el caso de la criminología dominante, David Matza destacó, hace casi 50 años atrás, que entre “sus logros más notables, los criminólogos positivistas triunfaron en aquello que se veía imposible. Separaron el estudio del delito de los trabajos y la teoría del estado” (Matza, 1969:144). Matza fue muy cuidadoso en señalar que esta “separación de la realidad no fue necesariamente una acción consciente o deliberada”. Más bien, sostuvo que “la ceguera parcial de esos científicos sociales se debía a la manera en que estructuraron sus estudios o bien para oscurecer esos vínculos evidentes o para tomar esas conexiones como un hecho y dejar la cuestión ahí” (Matza, 1969:144). En ese momento, y en contraste con esos apologetas o defensores del status quo, el iconoclasta entre los positivistas sociológicos e integracionista entre los estudiosos jurídicos, Donald Black, proveyó un método holístico y racional para el estudio del comportamiento legal que se diferencia de la mayoría de las teorías dominantes en los campos del derecho, la criminología o la sociología.

En particular, desde las perspectivas tanto de la historia como de la antropología, Black debate e identifica cuatro estilos de legalidad y control social gubernamental: 1) penal, 2) compensatorio, 3) terapéutico, y 4) conciliatorio (Black: 1976). Con excepción del control terapéutico, cada una de estas formas de legalidad son aplicables a los fraudes de productos financieros. Sin embargo, en el caso del saqueo de Wall Street con la connivencia de la normativa federal, solo dos de estas formas de legalidad fueron empleadas. Hubo múltiples expresiones y ejercicios superpuestos de control compensatorio, como cuando las víctimas tomaron la iniciativa como demandantes en juicios civiles sin la asistencia del Estado, y de control conciliatorio, como cuando el Estado tomó la iniciativa de negociar acuerdos por irregularidades sin llegar a litigios civiles. De acuerdo a la teoría de la ley en acción (*law in action*) de Black, estos eran resultados previsibles: en la cúspide de la pirámide de la criminalidad de los fraudes de productos financieros estaban los peces gordos de Wall Street, los que no estaban sujetos a ningún tipo de control penal. Bajando en la cadena “alimenticia” del sistema financiero, había un número relativamente reducido, no más que un puñado, de operadores comerciales y corredores de fondos de inversión de alto riesgo, quienes fueron acusados por cargos delictivos y condenados penalmente, pero rara vez llegaron a estar en prisión. Más abajo aún de la red de ilegalidades financieras, estaban unos pocos miles de pequeños estafadores hipotecarios que fueron penalmente procesados y sentenciados a prisión.

Estructuralmente, las políticas de neutralización del tipo TBTF y el fracaso del estado burgués para abordar penalmente los fraudes financieros de la acumulación, concentración y centralización capitalista, surgen del proceso de supervivencia capitalista y cómo éste converge o se entremezcla con patrones internacionalizados de lo que William Black ha identificado como control de fraude, o la capacidad de “manipular los libros” (“cook the books”), junto con lo que Frank Johnston ha caracterizado como la influyente corrupción del mercado, o “corrupción legalizada” (“legalized corruption”), y aquello que Henry Pontell ha explicado como incapacidad de recursos o la impotencia del sistema de control penal para

competir, o pararse de igual a igual, con los “bolsillos profundos” de los defensores de la delincuencia del control capitalista (Black.2005; Johnston: 2005; Pontell: 1982).

4. La ineficacia de los controles estatales y los fraudes de productos financieros.

No hace tanto tiempo, entre 1933 y 1998, como una estrategia exitosa para prevenir las operaciones de alto riesgo y la especulación que contribuyeron a la caída de Wall Street de 1929, Estados Unidos básicamente prohibió la fusión de operaciones de la banca comercial y la banca de inversión. Según la Ley Glass-Steagall de 1933, realizar ambas actividades bancarias en el ámbito de una misma institución financiera constituía un delito grave. Con la aprobación de la Ley Gramm-Leach-Bliley de 1999 este delito fue finalmente eliminado del repertorio legislativo. También conocida como la Ley de Modernización de los Servicios Financieros, las últimas prohibiciones contra la fusión de las operaciones bancarias comerciales y de inversión fueron eliminadas por la efectiva derogación de la Ley Glass-Steagall. Por casi dos décadas, leyes financieras y normas regulatorias creadas con anterioridad, habían estado reduciendo el número de actos que estaban alcanzados por la Ley Glass-Steagall (Barak: 2012).

Los banqueros, los políticos y los encargados de aplicar la ley argumentaban de modo similar que estas prohibiciones ya no eran necesarias. En otras palabras, estas prohibiciones impedían el flujo del libre mercado y el hacer mucho dinero. También se sostuvo que los agentes de control social, supuestamente, podían valerse de una gran variedad de estrategias legales con el fin de prevenir los fraudes de productos financieros en Wall Street, para reducir riesgos financieros y, de otra manera, ayudar a la estabilización y productividad de los mercados financieros. Con la implosión de Wall Street en 2008 y la consiguiente crisis financiera a comienzos de 2009, el mito del control de los mercados de productos financieros y la fusión de la banca comercial y de inversión fue desmentido. En la fugaz *Realpolitik* de la hegemonía capitalista, Estados Unidos realmente se planteó la idea de dismantelar las mega-instituciones de la banca global. En una discusión en el salón oval, con un receso para almorzar que duró seis horas, Lawrence Summers, director del Consejo Económico Nacional del presidente Obama, argumentó en favor de su disolución y Timothy Geithner, primer secretario de Tesoro de Obama, argumentó en contra de la disolución. La historia cuenta que el secretario del Tesoro se impuso en la discusión y los bancos oligopólicos de Wall Street se mantuvieron en el control del capital (Barak: 2012).

Dejando de lado la disolución de las mega instituciones financieras, sabemos que, históricamente, ni las inusuales sanciones penales, ni las frecuentes regulaciones civiles, han potenciado alguna vez el control, o tenido impacto suficiente, que haga una diferencia sustancial en la conducta de Wall Street. Hasta la fecha, cuando se trata de hacer cumplir la mayor parte de la legislación que regula los mercados capitalistas y la industria de servicios financieros, las numerosas investigaciones llevadas adelante, cada año, por la Securities and Exchange Commission^{NdeT}, han resultado abrumadoras en direccionar estas operaciones ilegales fuera de los procesos penales o incluso los civiles.

^{NdeT} La Securities and Exchange Commission (o SEC) es la agencia gubernamental estadounidense encargada de hacer cumplir las leyes federales relativas al sector comercial, financiero, de valores y bursátil. Su

Aquí hay algunos datos y conclusiones interesantes sobre despenalización. En relación con las transgresiones financieras cometidas por los monopolios bancarios de Wall Street, aproximadamente el 98% de los casos son resueltos sin que los demandados tengan que admitir o negar haber cometido una infracción legal, pagando algún tipo de multa simbólica representativa sólo de una fracción de las ganancias ilícitas y prometiendo que, en el futuro, sanearán sus negocios. Estos acuerdos, que representan entre 650 y 700 casos por año, no sólo no desalientan los fraudes bancarios, sino que también prohíben la tramitación de demandas colectivas por parte de millones de víctimas financieras. Por último, dado que estos acuerdos no requieren presentación de una homologación judicial que revelaría los hechos sobre los cuales versaron los acuerdos, los jueces de distrito estadounidenses son incapaces de determinar si las resoluciones propuestas son justas, razonables o adecuadas y, más importante, si estos acuerdos son o no acordes con el interés público (Barak: 2017).

Desde numerosas perspectivas, el abanico de potestades legales de control raramente, si es que alguna vez, ha estado a la altura de los poderes económicos y políticos ejercidos por los delincuentes financieramente respetables en la lucha por controlar sus transacciones monetarias de cara a la ideología dominante de libre mercado. Desde la aprobación de la Ley de Reforma Financiera de Wall Street y Protección al Consumidor de 2010^{NdeT}, también conocida como la Ley Dodd-Frank, legisladores y lobistas –incluso antes de que estas normas hubieran tenido la posibilidad de ser acordadas o implementadas– estaban trabajando sin parar, en nombre de Wall Street, para modificar, alterar, anular y obstaculizar la creación de la mayor parte de aquellas nuevas normas diseñadas para volver a regular las transacciones financieras que involucran a consumidores, inversores y accionistas.

La ironía política es que esta resistencia tanto material como ideológica a las reformas regulatorias de la Ley Dodd-Frank no sólo preserva eficazmente un sistema de banca privada que depende del Estado para su viabilidad, sino que, al mismo tiempo, refuerza el mismo tipo de capitalismo *compinche* que contribuyó a la crisis financiera del 2008. Estas relaciones jurídicas burguesas se han caracterizados por una variedad de rescates financieros negociados, excepciones, dispensas concertadas entre la oligarquía inversora de Wall Street y la Reserva Federal, el Departamento de Justicia y la “Securities and Exchange Commission” para evitar, a cualquier costo, la responsabilidad penal por la pérdida de 13 a 20 trillones de dólares, sin mencionar siquiera la responsabilidad por las diez millones de personas de todo el mundo que perdieron sus casas y/o sus trabajos (Kreiner Ramírez y Ramírez, 2017). Lo importante aquí es comprender que la ley Dodd-Frank, así como la mayoría de los análisis económicos de las crisis financieras, han tendido a disimular los daños sociales acumulados y otras contradicciones del capitalismo financiero. Tal legislación también ha fallado en cuestionar o contrarrestar la despenalización y los roles que

traducción oficial es Comisión de la Bolsa y Valores (<https://gobierno.usa.gov/agencias-federales/comision-de-bolsa-y-valores>), sin embargo, no es representativa de sus verdaderos alcances, por ello preferimos no utilizarla.

^{NdeT} Original: *Wall Street Financial Reform and Consumer Protection Act of 2010*

inadvertidamente ha desempeñado el estado capitalista en la defensa del *status quo* financiero.

La ausencia de la ley y del control social como explicación de una variedad de delitos tiene una larga tradición en los círculos socio-jurídicos y criminológicos. Por más de un siglo los psicólogos y los sociólogos han utilizado el concepto de “control social” para explicar la conducta de las personas en las organizaciones, el vecindario, los espacios públicos, los encuentros interpersonales y, para nuestros propósitos, en la confianza de las relaciones financieras. Cuando tratamos con transacciones monetarias en particular, esto ha significado que debe haber confianza en las normas y confianza en que incluso los desconocidos respetarán dichas normas. En consecuencia, el mercado cambiario fundamentalmente ha desconectado sus acuerdos financieros de las relaciones personales mediante la formalización de esas negociaciones en los acuerdos basados en normas y regulaciones. Desafortunadamente, estas relaciones jurídicas de control social o penal rara vez han estado separadas de las necesidades estructurales del desarrollo de una política económica de libre mercado. A su vez, a esto siempre le siguió la ausencia de control penal de fraudes en productos financieros de alto riesgo. Esta sustancial ausencia de control es también parte de una necesidad racional subyacente de un paradigma alternativo que reemplace los enfoques penales, civiles o de autorregulación, dado que estos han fallado, una y otra vez, en prevenir los saqueos de Wall Street y la connivencia de la normativa federal.

El mundo de la criminalidad, tanto alta y baja, demuestra, casi a diario, que el control social divide a las personas entre aquellos que son respetables y aquellos que no lo son. El derecho penal en particular destruye muchas reputaciones, al mismo tiempo que protege la reputación de algunos. Dentro de esta dinámica legal de regulación social, criminalidad y respetabilidad son definidas como polos opuestos de un mismo concepto. D. Black reveló, por primera vez en su teoría de la ley en acción, que la respetabilidad social también ayuda a explicar el comportamiento de la ley: “...estar sujeto a la ley es, en general, menos respetable que estar sujeto a otras formas de control social. Estar sometido a la ley penal es especialmente poco respetable” (Black, 1976:111). Como sostiene uno de los principios legales de Black: mientras todo lo demás es constante, la intensidad del derecho penal es inversamente proporcional al grado de respetabilidad de la posición socioeconómica del infractor.

Estas características de cómo funcionan la ley y el control social plantean otra clase de pregunta relacionada con la cuestión: ¿Qué tan lejos llegarán los agentes encargados de aplicar la ley, los académicos y los analistas políticos en el encubrimiento de los delitos financieros de Wall Street a fin de proteger la fraudulenta reputación de algunos de los monopolios bancarios más exitosos del mundo? Dicho sencillamente, realmente no hay límites. En el verano del 2011, por ejemplo, hubo una significativa y alarmante delación en el Congreso por parte del procurador de la SEC Darcy Flynn sobre cómo la principal policía financiera estatal se había desecho ilegalmente de más de una década de tareas de inteligencia reunidas sobre los delincuentes más destacados de Wall Street⁸. Estas incluían

⁸ “Is the SEC Covering Up Wall Street Crimes? *Rolling Stone*, por Matt Taibbi del 17 de Agosto de 2011, <http://www.rollingstone.com/politics/news/is-the-sec-covering-up-wall-street-crimes-20110817> (acceso 25 de marzo de 2018)

investigaciones tanto sobre operaciones de información privilegiada, como de fraudes de productos financieros, implicando a los pesos pesados de las finanzas como Goldman Sachs, Lehman Brothers, AIG, Deutsche Bank y muchos otros.

En síntesis, poco después de la implosión financiera, la SEC convenientemente eliminó los registros de aproximadamente 9000 investigaciones sobre infracciones o “hechos en investigación” del periodo de 1993 a 2008⁹. También hubo un considerable número de casos, que incluían a reconocidas firmas, en los que nunca se realizó una investigación penal completa por lo que ha sido llamado “obstrucción de la justicia” o mal comportamiento de los procuradores, quienes estaban envueltos no sólo en las puertas giratorias del personal gubernamental y la banca de alto riesgo^{NdeT}, sino también, en lo que ha sido descrito como el Síndrome de Estocolmo de Wall Street. Se trata de una situación en la cual inversores y reguladores por igual, no solo desarrollan una extraña simpatía hacia los gerentes de los fondos financieros, sino que se encuentran ellos también rehenes de Wall Street donde, una y otra vez, realizan compromisos capitalistas con los nuevos fondos financieros que nuevamente tomarán rehenes.

El problema del control de fraudes de productos financieros va más allá de las puertas giratorias, que no son realmente conflictos de intereses *per se*. Como Matt Taibbi escribió para *Rolling Stone* en el momento del testimonio de Flynn ante el Congreso, la SEC podría haber puesto agentes federales en todos los rincones de la zona financiera de Manhattan durante la última década y, tal vez, esto no hubiera hecho mella en la masiva oleada de corrupción y fraude que dejó a la economía en llamas hace tres años¹⁰. De hecho, la Reserva Federal y la SEC siempre han estado integradas en las instituciones financieras de Wall Street. Probablemente, lo mismo podría decirse sobre el uso generalizado de los sistemas de monitoreo automatizados y en tiempo real de patrones de tráfico y transacciones que existen desde los años noventa

Quizás podría haber llegado el momento de capacitar a los peritos contadores y a los funcionarios encargados de sancionar y hacer cumplir las normas, para “utilizar rutinariamente métodos de vigilancia ‘panóptica’” y para “socavar digitalmente las actividades *online* de los CEOs” (Snider, 2013:153). Después de todo, los bancos ya están “aprovechando la industria artesanal de compañías de software que utilizan algoritmos complejos para monitorear llamadas y correos electrónicos de comerciantes tratando de

⁹ Ídem.

^{NdeT} La expresión “puertas giratorias” tiene en el contexto en el que escribe el autor una significación distinta a la usualmente dada a la “puerta giratoria” en el ámbito penal-criminológico hispanoparlante. La expresión “revolving personnel doors” hace referencia al paso de los funcionarios por distintos roles tales como legisladores, miembros del poder ejecutivo con capacidad para dictar o ejecutar regulaciones así como funcionarios de las corporaciones afectadas por la legislación o la regulación estatal.

¹⁰ Id. nota 6.

detectar señales –mediante la búsqueda de frases, así como de cambios de tono– de que los comerciantes pueden estar en connivencia o haciendo jugadas no autorizadas”¹¹.

5. Tratando el fraude en productos financieros de alto riesgo como un asunto no-penal

Desde el derrumbe financiero de 2008, la gente señala rápidamente que el Wall Street de hoy no es como el Wall Street que vieron sus padres una generación antes, y mucho menos el Wall Street que vieron sus abuelos en los años treinta. En un mundo de comercio completamente digitalizado donde las empresas de Wall Street de gran tamaño cuentan con el último software basado en algoritmos, estos conocedores pueden ganar millones en microsegundos con operaciones de alto volumen. Más aun, los jugadores del nuevo Wall Street están en el negocio de desarrollar constantemente instrumentos innovadores y asegurar las ventajas a sus inversores sobre otros comerciantes competitivos.

Independientemente de que estas transacciones de productos financieros de última generación sean o no delictivas o civilmente legales o ilegales, en su mayor parte no han estado sujetas a una decisión, interpretación ni a otro tipo de regulación legal. En el caso del reciente fracaso financiero, ni los viejos ni los nuevos instrumentos han sido objeto de juicios civil o penal, y ni mencionar la revisión judicial alguna sobre sus méritos, en lugar de sobre los acuerdos de pago alcanzados. Una y otra vez, al final del día, la oligarquía bancaria estadounidense, con sus aliados capitalistas en la estructura estatal, ha decidido qué constituye o no un "delito" en el mundo de las transacciones bursátiles de productos financieros. Concretamente, en el curso de las acciones o inacciones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y en respuesta a los daños sociales y abusos provocados por las instituciones financieras, esta poderosa agencia de control del delito descubre los exactos significados y estrategias de la aplicación de la ley. Al hacerlo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha sido un arquitecto clave y constructor de lo que constituye exactamente el fraude en productos financieros.

Para recapitular, a mediados de 2017, cerca de nueve años después de la debacle de Wall Street, ningún alto ejecutivo de ninguna de las principales instituciones financieras ha sido acusado penalmente, ni fue procesado o encarcelado por ningún tipo de fraude en productos financieros. Este es un fuerte contraste con los escándalos de préstamos y ahorros de los años ochenta, cuando grupos de trabajo especiales del gobierno enviaron alrededor de 1.100 casos a los fiscales, de los cuales resultaron más de 800 funcionarios bancarios condenados a penas de prisión efectiva. Comparativamente, algunos críticos han argumentado que ha faltado una decisión conjunta del gobierno para perseguir penalmente estos delitos. Otros críticos han argumentado que ha triunfado una decisión gubernamental conjunta de no perseguir penalmente estos delitos. Ambas afirmaciones son sostenibles de acuerdo al estudio de la evidencia disponible (Barak:2012; Barak:2017).

Desde el colapso de Wall Street, la no persecución del fraude en productos financieros ha sido lo que siempre han querido las élites económicas de Wall Street y las élites políticas de

¹¹ M. Colchester, 2013. “Banks Scam Trader Talk for Trouble.” *The Wall Street Journal*, December 6, p. C1-C2.

las administraciones Bush II y Obama, y ahora la administración Trump, así como las mayorías del Senado y la Cámara de Representantes de Estados Unidos. Que no haya habido ningún enjuiciamiento penal no fue accidental, ni tampoco producto de una conspiración. Más exactamente, esta falta de reacción del sistema penal tiene que ver con la connivencia y el consentimiento. Incluso antes de la crisis económica, el esfuerzo conjunto para no procesar los grandes fraudes financieros del momento había comenzado en el 2003. La decisión de no procesar judicialmente puede ser interpretada como una reacción exagerada a la acusación presuntamente excesiva de varios fraudes corporativos por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos al comienzo del siglo XXI. Sin embargo, el movimiento de despenalización se aceleró en 2005-2006 cuando, el 31 de mayo, la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló la condena de Arthur Anderson por alterar los registros contables de Enron.

A partir de ese momento, en lugar de estrategias para perseguir penalmente este tipo de delitos financieros, se desarrollaron estrategias para controlar el daño hecho a la fe de los inversores en el sistema financiero. Los banqueros de Wall Street se beneficiaron adecuadamente de estas estrategias de control no penales del fraude financiero, lo que resultó en dos tipos de esfuerzos del estado capitalista. Primero, estuvieron los esfuerzos de reconciliación por parte del gobierno, principalmente entre la SEC y el Departamento de Justicia, para reestablecer o reforzar estas prácticas institucionalizadas en vez de cambiarlas sustantivamente. En segundo lugar, existieron esfuerzos compensatorios por parte de los inversionistas privados, individuales o corporativos, para lograr una reparación por los daños y pérdidas sufridos.

En cuanto a esos esfuerzos conciliatorios, estos han tenido bastante éxito en reforzar el “negocio como de costumbre” (“business as usual”) o mantener los modos de conducir los asuntos financieros. Hoy en día, desafortunadamente, estas relaciones de mercado estructuradas están en el medio de la crisis de productos financieros que atraviesan Estados Unidos y el mundo. En cuanto a los esfuerzos compensatorios, esto ha incluido docena de casos exitosos contra todas las grandes firmas de inversión de Wall Street por fraudes en productos financieros, que ascienden a cientos de miles de millones de dólares en multas corporativas y pagos. De todas formas, sin embargo, estos delitos de Wall Street permanecen fuera del alcance de los procedimientos penales y de cualquier efecto disuasivo que estos puedan tener.

6. Un paradigma emergente y, a la vez, un manifiesto para el cambio financiero.

Al final del libro de Alan Greenspan “*The Map and the Territory: Risk, Human Nature, and the Future of Forecasting*” publicado en 2013, el presidente más antiguo del directorio de la Reserva Federal (1987-2006), manifiesta que ya no cree en los postulados del “libre mercado” en los que alguna vez creyó. Desafortunadamente, no tiene nada con que reemplazarlos, incluyendo aquellos de la economía keynesiana que él mismo alguna vez sostuvo. Reflexionando sobre la crisis bancaria del 2008, y la Gran Recesión que le siguió, Greenspan dijo: “He llegado a un punto de desesperación donde, si continuamos poniendo a

los bancos bajo la tutela del Estado a través de las políticas TBTF, no veo ninguna alternativa” más que “forzar a los bancos a achicarse hasta cierto tamaño donde, si quiebran, ya no representarían una amenaza a la estabilidad de las finanzas americanas.” (Greenspan, 2013:298). Evidentemente, Greenspan sabe poco acerca de perseguir a quienes cometen fraudes en productos financieros, porque en estos casos, si quiebran, tal como se señaló en el comienzo de esta presentación, tanto el uso de la pena de muerte corporativa como la pena de muerte profesional, son claros cursos de acción legal. En cuanto al utópico deseo de Greenspan de que estos mega bancos se achiquen, como todos saben, hoy esos mismos bancos de Wall Street que ocasionaron la implosión financiera en 2008, valen más dólares y están más concentrados que antes que la Gran Recesión comenzara.

Esta concentración de la riqueza refuerza la industria especulativa y las políticas neoliberales de privatización, austeridad y financiarización, todas las cuales exacerban la desigualdad económica y el estancamiento de las deterioradas clases media y trabajadora. Aún más, la creciente brecha entre ricos y pobres y el desarrollo de economías irregulares también empeoran las asimetrías en el poder social y político. Mientras estas relaciones sociales capitalistas se intensifiquen estos delitos de los poderosos serán menos controlables en el futuro de lo que lo son hoy en día. Por lo tanto, sin un cambio fundamental en las relaciones de poder de la economía política global y sin un cambio paradigmático en el pensamiento económico e intervención legal desde los modelos presentes, basados en una falsa dualidad de controles internos versus externos, del “libre” mercado hacia modelos económicos de capitalismo basados en comprensiones genuinas de las leyes del desarrollo y del estado capitalista, los delitos y el descontrol financiero de las entidades bancarias más poderosas del mundo permanecerán tan fuera del sistema penal como lo han estado siempre.

En consecuencia, lo que se requiere son políticas alternativas a los intereses mezquinos, al comercio financiero no regulado, a la irrestricta victimización, y a la acumulación y reproducción insostenible del capital, en definitiva, alternativas a las fallidas políticas de austeridad y neoliberalismo. Las políticas alternativas recomendadas a continuación reflejan una serie de ideas que circulan y un paradigma potencialmente emergente basado en una reestructuración de los mercados financieros, así como de las relaciones entre los gobiernos y el pueblo. Este paradigma alternativo y sostenible alienta al capital financiero a alejarse de las inversiones especulativas que existen, principalmente, para enriquecer a muy pocos y expandir el capital a corto plazo. Este paradigma respetuoso del medio ambiente y de las personas apunta a inversiones públicas y privadas de pequeña, mediana y gran escala en los bienes y servicios que hacen al bien común, en desarrollo de infraestructura, y en economías más verdes a largo plazo.

Además, este “nuevo” paradigma se basa en un cambio del sistema de propiedad existente, en la democratización de la riqueza, del trabajo y del ocio. Este paradigma, en definitiva, tiene que ver con la construcción de economías comunitarias sustentables desde las bases, incluyendo las cooperativas y las antiguas y nuevas formas de participación de los empleados en la propiedad de las empresas en prácticamente todos los sectores de la economía. Como sostiene Gar Alperovitz: “las nuevas formas de propiedad son importantes no solo por sí mismas, sino también porque comienzan a ofrecer puntos de apoyo a una nueva visión a más largo plazo, un conjunto de ideas sobre la democratización que, si son generalizadas, aceptadas, perfeccionadas, y correctamente comprendidas, constituyen una base,

potencialmente, para congregar voluntades, tanto para desafiar a la ideología hegemónica dominante como para construir una base económica democrática, para una nueva visión y un nuevo sistema.” (Alperovitz, 2013:419).

Por último, este paradigma alternativo al distópico paradigma dominante que ve la expansión del capital financiero con la única intención de su acrecentamiento más que como un medio para la expansión de economías materialmente sostenibles, no sólo es contraintuitivo sino que también es contraproducente por varias razones para el bienestar general. No es la razón menos importante el que la maximización del capital simplemente en aras de acumular y reproducir más tiende a dañar el medio ambiente y a expandir las carencias de las personas a nivel mundial. En una manera similar, un “régimen regulatorio” alternativo alienta o promueve una prohibición contra la especulación en ambientes inhóspitos, en deuda insostenible y en periodos de burbujas económicas.

Finalmente, casi todos los cambios políticos defendidos aquí han sido implementados de una forma u otra en algún lugar del mundo o tienen algún tipo de respaldo político y social contemporáneo. Algunos de estos cambios propuestos quizá solo son relevantes para la situación de los Estados Unidos. Sin embargo, la gran mayoría de las propuestas tienen aplicación en todo el mundo. Sobre todo, esta agenda política no debe ser confundida con alguna clase de lista de demandas utópicas. Por el contrario, estos cambios de orientación política deben ser considerados consistentes con aquellas estrategias, actividades y movimientos coherentes que se esfuerzan por hacer frente a las crisis mundiales en áreas como el del control climático, la regulación financiera y el acceso a la salud.

Las más de 30 políticas presentadas aquí reflejan el establecimiento de economías socialmente sustentables con mercados justos:

- Establecer bancos, acciones y bonos estatales y federales de inversión en infraestructura;
- Actualizar programas sociales para los desempleados pobres;
- Aumentar los beneficios sociales a las familias incluyendo las licencias familiares pagas y las asignaciones por hijo;
- Establecer un salario digno y/o instituir alguna clase de índice de nivel de vida básico universal;
- Mejorar la protección laboral y las leyes de beneficios de la seguridad social en general;
- Anular, modificar, o revocar “Citizens v. the United States”^{NdeT} así como aquellas sentencias que sostienen la ficción legal de que una corporación es una persona;
- Reformar, o acabar, con la financiación privada de elecciones públicas;
- Instituir medidas de protección efectivas para los delatores por su servicio;

^{NdeT} Si bien la traducción de esta frase sería “El pueblo versus Los Estados Unidos”, tratándose de un precedente jurisprudencial preferimos conservar su nombre original para facilitar su ubicación.

- Limitar o eliminar el uso de estrategias obstruccionistas en el Senado de los Estados Unidos;
- Nacionalizar o convertir en empresas estatales a todas las multinacionales con valor superior a 50 billones de dólares conjuntamente con implementar medidas antimonopólicas más fuertes y transparentes, y adoptar estándares de orden público para medidas de aplicación de la ley, y establecer como carga de las empresas fusionadas el demostrar que no ocasionan daño a los consumidores;
- Convertir a los llamados bancos TBTF en parte de la banca pública y sólo dividirlos como último recurso;
- Prohibir el uso especulativo de los swaps^{NdeT} de incumplimiento crediticio;
- Eximir de la Corporación Federal de Seguro de Depósitos a las transacciones de productos financieros, las operaciones de seguro, y el comercio de bienes raíces;
- Imponer o aumentar la regulación de los corredores de bolsa;
- Estandarizar los derivados financieros y comercializarlos abiertamente en oferta pública.
- Instituir un impuesto a las transacciones financieras para desalentar el comercio y riesgos excesivos;
- Aumentar las tasas impositivas estandarizadas del 30 al 50 por ciento para quienes gocen de un ingreso anual superior a los 650.000 dólares y para familias de cuatro miembros cuyo ingreso supere el millón de dólares;
- Gravar con las mismas tarifas los ingresos por intereses percibidos, no percibidos y devengados;
- Establecer sistemas de auditoría y evaluación independientes para los asuntos financieros de las corporaciones;
- Desarrollar sistemas de seguimiento de alta tecnología capaces de monitorear y rastrear negocios basados en la decodificación de algoritmos;
- Hacer que las empresas e individuos admitan sus infracciones como condición de los acuerdos civiles bajo apercibimiento de enfrentar esos cargos ante los tribunales;
- Iniciar el fortalecimiento del Consejo de Supervisión de la Estabilidad Financiera en virtud de la ley Dodd-Frank para controlar el problema del excesivo riesgo asumido por el “sistema bancario paralelo” (“shadow banking”) o por aquellas instituciones financieras no bancarias como AIG o Goldman Sac.
- Instaurar restricciones más severas y exigir más deuda a largo plazo, con respecto a la “Regla Volker” (RV) sobre las operaciones especulativas en todo el sector bancario, especialmente respecto de los productos financieros y derivados comerciales como parte de las actividades de “casino bancario” para evitar que los bancos se involucren en la negociación especulativa o tomen posiciones arriesgadas con su propio dinero;
- Modificar la “Regla Volker”, aprobada en 2013, para incluir a las actividades industriales y tecnológicas que participan en el comercio bursátil, haciendo más

^{NdeT} Al igual que en otras oportunidades mantenemos en idioma original este término pues su uso se ha difundido en el ámbito económico y jurídico bajo ese nombre. Un Swap, o convenio de permuta financiera, es el compromiso de intercambio futuro de cantidades de dinero a un tipo de interés prefijado

difícil para los bancos, y cualesquiera otras entidades empresarias, vender y comprar productos financieros con su propio dinero y restringirlos a ambos de invertir en coberturas riesgosas y fondos de inversiones privados; también modificar la RV para exigir además que los ejecutivos no solo garanticen que sus empresas están en *compliance*, sino también para que sean responsables por tales garantías;

- Reintroducir una visión modernizada de la Ley “Glass-Steagall” y/o construir mayores protecciones alrededor de depósitos asegurados que involucren la banca comercial;
- Integrar los incentivos del mercado financiero con los ajustes del cambio climático;
- Apoyar organizaciones de defensa medioambiental como “*Business Alliance for Local Living Economies*” [Alianza Empresarial para las Economías Locales] o el *American Sustainable Business Council* [Consejo Empresarial Sustentable de Estados Unidos];
- Establecer bancos públicos y crear empresas “B” benéficas o no lucrativas;
- Los gobiernos locales y el estatal deben desinvertir y/o apalancar sus depósitos en las instituciones bancarias multinacionales
- Aprobar un fondo integral de infraestructura y desarrollo humano y una ley estadounidense de empleo y vida digna, asignándole un trillón de dólares en cada período de 10 años;
- Aprobar un programa de cancelación de deuda de los préstamos estudiantiles y/o de reembolso basado en el ingreso y/o en la capacidad de pago;
- Establecer viviendas asequibles y/o subsidiadas para todos los trabajadores;
- Establecer un sistema de atención de salud pública a cargo del estado, en lugar de los aseguradores privados;
- Aprobar normas de derecho penal internacional que establezcan una doctrina de responsabilidad penal de las empresas por su complicidad empresarial en la comisión de crímenes internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Alperovitz, G. (2013): *What Must We Do? Straight Talk About the Next Revolution*. White River Junction (VT), Chelsea Green Publishing,

Banco Mundial (BM) & Fondo Monetario Internacional (FMI) (2013): *Rural-Urban Dynamics and the Millennium Goals*, Washington, Global Monitoring Report 2013.

Black, D. (1976): *The Behavior of the Law*. New York, Academic Press.

Black, W. (2005), *The Best Way to Rob a Bank is to Own One: How Corporate Executive and Politicians Looted the S&L Industry*. Austin (TX), University of Texas;

Barak, G. (2012): *Theft of a Nation: Wall Street Looting and Federal Regulatory Colluding*. Lanham (MD), Roman & Littlefield.

- Barak, G. (2015): "Limiting Financial Capital and Regulatory Control as Non-Penal Alternatives to Wall Street Looting and High-risk Frauds." En Barak (ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, London y New York, Routledge
- Barak, G. (2016): "Alternatives to High-Risk Securities Fraud Control: Proposing Structural Transformation in an Age of Financial Expansionism and Unsustainable Global Capital.", en *Crime, Law and Social Change*, Vol 66, N° 2, DOI 10.1007/s10611-016-9615-9
- Barak, G. (2017): *Unchecked Corporate Power: Why the Crimes of Multinational Corporations are Routinized Away and What We Can Do About It*. London, Routledge.
- Greenspan, A. (2013). *The Map and the Territory: Risk, Human Nature, and the Future of Forecasting*. New York, The Penguin Press,
- Johnston, M. (2005): *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press;
- Kreiner Ramirez, M. & Ramirez, S. A. (2017): *The Case for the Corporate Death Penalty: Restoring Law and Order on Wall Street*. New York, New York University Press.
- Matza, D. (1969): *Becoming Deviant*. Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall.
- Pontell, H. (1982): *A Capacity to Punish: The Ecology of Crime and Punishment*. Bloomington, Indiana University Press.
- Ruggiero, V. (2013): *The Crimes of the Economy: A Criminological Analysis of Economic Thought*, London y New York, Routledge.
- Snider, L. (2013): "The Technological Advantages of Stock Market Traders", en *How They Got Away With It: White Collar Criminals and the Financial Meltdown*, Ed. Will, S., Handelman, S., & and Brotherton, D., New York: Columbia University Press,