

XVII JORNADAS Y

VII

**INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;
compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :
Moglia Ediciones, 2021.
552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti,
Alba Esther, comp.
CDD 340.072



ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

moglialibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2021

EL "INSIDER TRADING": SU ACREDITACIÓN EN EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA PROBATORIO EN ARGENTINA Y EN U.S.A.

Lopresti, Rosa Francisca

rosilopresti@hotmail.com

Resumen:

En el presente Trabajo se pretende dilucidar la problemática de la acreditación probatoria del delito de "Insider Trading" en el proceso penal. Si se requiere una prueba concreta y contundente de la Acción típica delictiva o si puede apelarse a pruebas circunstanciales, como argumentaciones válidas que sustenten una condena penal.

Un análisis comparativo del Sistema probatorio en Argentina y en U.S.A., presumiblemente nos acercará a la respuesta anhelada y al interrogante de '¿por qué?' son ínfimos los casos que han transitado la vía judicial en nuestro país.

Palabras claves: Insider Trading, sistema probatorio en Argentina y U.S.A., prueba circunstancial.

Introducción

La presente comunicación se hace en virtud del interés que despierta el reducido número de casos judiciales en la Argentina, tendientes a la penalización de la figura delictiva "Insider Trading", incorporado por la ley 26.733 del 22/12/2011 (remunerado por el Dec 169/2012) en el Título XIII del Código Penal vigente.

Con anterioridad estaba regulada en nuestra legislación a través de Resoluciones Generales de la Comisión Nacional de Valores (Res. General n° 190 del 26-11-91 y modificatoria n° 227 del 26-01-93) al disponerse como un deber de cuidado a cargo de los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del Consejo de Vigilancia, accionistas controlantes, profesionales intervinientes y cualquier persona que en razón de su cargo, actividad o posición acceda a una información respecto al desenvolvimiento o negocios de una sociedad a la que pertenece con oferta autorizada que aún no fue divulgada públicamente. Violándose el "deber de reserva" que está a su cargo se valen de esa información reservada para obtener ventajas para sí o para otros, en perjuicio de los restantes inversores, con afectación de la transparencia y equidad del Mercado de Valores. (Falasca, 2009)

La escasa visualización del fenómeno delictivo, en los tribunales argentinos, nos conduce al planteo del problema que se encara en este trabajo. Si es dificultosa la acreditación probatoria de su existencia en el proceso penal, si se requiere prueba concreta y acabada de la comisión del hecho delictivo, o son suficientes las pruebas circunstanciales para tenerlo por acreditado.

Una apelación a someras consideraciones doctrinarias acerca de la naturaleza del delito en examen, y del Bien jurídico protegido presumiblemente nos conduzca a la respuesta y clarificación del problema planteado.

Materiales y método

Se analizará el Sistema probatorio argentino y el de U.S.A, enfocándose particularmente la acreditación probatoria en el proceso penal. Con una visión doctrinaria conceptual se recurrirá a la aplicación de los métodos Análisis-Síntesis y algunos elementos del método sistémico (Villabella). Como Materiales: La jurisprudencia argentina y la norteamericana circumscripita a la prueba del delito en consideración.

Resultados y discusión

Ateniéndonos a la clasificación de Roxin, el delito de Insider Trading es un delito de peligro abstracto. Siendo de mera actividad, es un delito de peligro porque el hecho ilícito cometido sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. A su vez es de peligro abstracto, dado que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización sin que, en el caso concreto, se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. (Roxin, 1997).

El Bien Jurídico tutelado en los delitos contemplados en el Título XIII, del CP es "**El buen funcionamiento del Mercado de Valores**" *protegiéndose la transparencia y equidad como presupuestos de igualdad de condiciones para todos los inversores que operen en dicho Mercado.* (Buompadre, "Algunas reflexiones sobre el delito de abuso de información privilegiada en la reciente reforma penal", 2012).

En el Derecho Penal Económico, el bien jurídico es *la tutela del orden económico existente, la economía del mercado, siendo sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afecten la libre concurrencia.* (Righi, 2000).

Por su parte Tiedemann sostiene que "*Cuando se exige que el delito económico sea capaz por sus efectos de turbar o poner en peligro la vida económica y el orden que a ésta corresponde, además de afectar intereses individuales(...) se llega si bien atendiendo primero a la entidad del daño infringido en el caso concreto, y refiriéndose al peculiar objeto fáctico del hecho económico punible, al bien jurídico lesionado por conductas de esta naturaleza: el orden público económico.*" (Tiedemann, 1985).

Es que en el derecho moderno se ha abandonado la protección exclusiva de bienes personales para abarcar una esfera aun mayor del ciudadano, se trata de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales. En tal sentido se legitimó la prohibición de acciones bajo amenaza de pena ante la existencia de un daño social concretado a través de una lesión o una puesta en peligro de bienes jurídicos que exceden los bienes jurídicos individuales. (Grimm, 2016).

También se puede diferenciar *un bien jurídico inmediato, directo o específico* y *un bien jurídico mediato*. El primero es el bien efectivamente protegido por la figura delictiva; mientras que el mediato refiere a la “ratio legis” del precepto, a las razones o motivos que tuvo el legislador para criminalizar una determinada conducta. El bien jurídico inmediato puede ser individual o supraindividual, pero el bien jurídico mediato es siempre supraindividual (el orden económico). (Balcarce, 2007).

En un primer momento se entendió que los delitos económicos afectaban el orden económico existente, para luego evolucionar a una concepción amplia al afirmarse que los delitos económicos al mismo tiempo de lesionar un bien jurídico individual (patrimonio), también lesionan un bien supraindividual (el orden económico). De allí que como expresa Cervini, esta concepción amplia trajo como consecuencia dificultades a la hora de precisar el ámbito de la disciplina y la noción de delito económico. (Cervini, 2010).

Circunscribiéndonos ahora al núcleo central de esta investigación, analizaremos desde un plano comparativo el sistema probatorio en Argentina y en U.S.A., en materia de “Insider Trading”, particularmente la interpretación vigente en la materia.

En Norteamérica, las investigaciones seguidas y sanciones administrativas aplicadas por “Securities and Exchange Commission” fueron iniciadas mediante denuncias de particulares, quienes las formularon motivados por “recompensas” que la autoridad bursátil ofrece a los delatores que pueden alcanzar hasta el diez por ciento del valor de la multa que se impone al infractor.

El caso emblemático en materia probatoria fue “*Estados Unidos de América c/ Mc. Dermott, James J., Jr*” en el que un ex consejero delegado del banco de inversión norteamericano “Keefe, Bruyette y Woods”, fue condenado a ocho meses de prisión y a pagar una multa por el uso de información privilegiada sobre cinco fusiones bancarias, y haber transmitido esa información a su ex amante K. Gannon. Esta a su vez la suministró a Anthony Pomponio con quien tenía también un vínculo sentimental. Los tres fueron acusados por el gobierno de los Estados Unidos del delito de conspiración para cometer insider trading. En el caso, el Ministerio Público presentó pruebas circunstanciales como llamadas telefónicas y documentos de donde surgían las actividades bursátiles del co demandado Pomponio. MCc Dermott apeló la sentencia con el argumento de no haberse aportado pruebas suficientes para ser condenado.

Al resolver, la Corte recordó: “*En estos casos pesa sobre el apelante la obligación de demostrar que el Ministerio Público o el querellante no han aportado elementos racionales tendientes a acreditar la existencia del delito más allá de la duda razonable*”. En cuanto a la validez probatoria de los elementos aportados, el Tribunal concluyó que era insuficiente para condenar a Mc Dermott por el delito de conspiración, pero suficiente, para los cargos de insider trading. Agregó que, ante la dificultad de una acreditación plena, “*las pruebas circunstanciales alcanzan entidad suficiente para a, partir de las mismas, inferir presunciones sobre la forma en que se desencadenaron los hechos*”.

En la Argentina el “*leading case*” es el caso “*Establecimiento Modelo Terrabusi SA*” del año 2007. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, confirmó la sanción aplicada por la Comisión Nacional de Valores al imputado Sr. Montagna. El nombrado se hallaba negociando con el Grupo Nabisco, las condiciones de venta del paquete accionario mayoritario de sus familiares a la vez que, en forma simultánea éstos realizaron por sí y por terceros operaciones de compra y venta de acciones de la misma firma en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

El Fiscal de Cámara destacó en el caso: “*En este tipo de figura la infracción no requiere la efectiva alteración del mercado mobiliario, sino que la agresión al bien jurídico tutelado se produce cuando exista la mera posibilidad de que el uso de información privilegiada altere la “pars conditio” pues la norma contempla una infracción de peligro abstracto no requiere que la conducta descripta tenga un efecto negativo sobre la cotización*”.

Apelado ante la Corte Suprema, el Sr Procurador afirmó “*se realizan afirmaciones con fundamentos en hechos no acreditados con el referido rigor en autos y que, en verdad, no logran sino construir meras inferencias opinables, no susceptibles de considerarse como una acabada prueba de presunciones que, por su gravedad, concordancia y precisión permitan tener por acreditadas las conductas que se imputan*”.” El fallo parte de ciertas presunciones para fundamentar su conclusión de que los imputados violaron la norma legal de reserva y se aprovecharon de tal circunstancia para obtener ventajas en concatenación de inferencias con apoyo en hechos pasibles de ser interpretados con diverso alcance”. La Corte por voto mayoritario, descalificó el fallo apelado por no haberse tratado en la instancia inferior los agravios de los recurrentes en base a la doctrina de la arbitrariedad. Dictada nueva sentencia y apelada el Alto Tribunal confirmó la sanción aplicada por la CNV. (Análisis Comparativo del Sistema Probatorio de “Insider Trading” en Argentina y en USA).

Conclusión:

De conformidad a lo expuesto, podemos concluir que en el juzgamiento de “Insider Trading” los Tribunales estadounidenses hacen hincapié en que debido a la dificultad existente para reunir pruebas, de debe revalorizar la prueba circunstancial que logre reunirse para, a partir de la misma, tener por presumida y acreditada la conducta reprochable. Sin embargo, en el caso referenciado de la Argentina el Sr. Procurador General entendió que los elementos probatorios aportados sólo podían determinar presunciones que no acreditaban fehacientemente la violación de las normas de la Comisión Nacional de Valores.

Como puede apreciarse hay una clara diferencia en la interpretación en cuanto al valor probatorio de las pruebas circunstanciales aportadas en sendos Sistemas probatorios. Entendemos que presumiblemente obedezca o al menos esté

en relación directa con la falta de precisión en la delimitación del Bien Jurídico tutelado en el caso de "Insider Trading", falencia que no es propia de esta figura delictiva sino de todos los delitos económicos en general.

Referencias bibliográficas

- Análisis Comparativo del Sistema Probatorio de "Insider Trading" en Argentina y en USA. (s.f.). *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. Recuperado el 2021
- Balcarce, F. I. (20 de junio de 2007). Derecho Penal Económico. Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General". (c. y. Centro de investigación Interdisciplinario, Ed.) Córdoba, Argentina. Recuperado el 2021
- Buompadre, J. E. (s.f.).
- Buompadre, J. E. (2012). *www.cidpe.com.ar*. Recuperado el 2021
- Cervini, R. (2010). Derecho Penal Económico. Concepto y bien jurídico".
- Falasca, F. G. (2009). Análisis comparativo del Sistema probatorio en materia de "Insider Trading" en Argentina y en U.S.A. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. Recuperado el 2021
- Grimm, F. (2016). El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico. *Al Día Argentina microjuris.com*. Recuperado el 2021
- Righi, E. (2000). "Los delitos económicos" (1ra ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Roxin. (1997). *Derecho Penal Parte General T I "Fundamentos de la Estructura del Delito"*. Madrid, España: Civitas SA.
- Tiedemann, K. (1985). *Poder Económico y Delito*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Villabella, A. C. (s.f.). *Los Métodos en la Investigación Jurídica . Algunas precisiones*. (B. J. UNAM, Ed.)

Filiación: Integrante de Proyecto de Investigación

Proyecto de Investigación: PEI-FD 2020/011-“Delitos contra el Orden Económico y Financiero”-Vigencia: 01/07/2020-01/07/2023. Resolución nº182 C.D./2020. Corrientes 18 de junio de 2020. Director: Dr. Isidoro Sassón.