

**NECESARIA MODIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS
PUNIBLES PENALMENTE POR PARTE DE LA LEY DEL
SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES
(Los delitos previstos en la ley 24.241 en relación con las
afiliaciones), RÉGIMEN DE DENUNCIA PENAL Y
RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES**

DANIEL ROQUE VÍTOLO

PONENCIA

- a) Debe modificarse el régimen penal vinculado a los delitos referidos a la libertad de elección por parte de los afiliados al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Debe tenderse a incriminar sólo las figuras dolosas, y desincriminar las figuras culposas.
- b) Los delitos previstos por el art. 135 de la ley 24.241, son delitos de "resultado" y no de "peligro".
- c) La denuncia penal por parte de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, debe restringirse a los casos en los cuales dicho organismo advierta la existencia de delito, y no sólo frente a la mera sospecha, sin pruebas mínimas, evaluación previa de los hechos, ni encuadramiento provisorio en la norma legal pertinente.

FUNDAMENTOS

I. Las figuras delictivas frente a la violación de la libertad de elección por parte del afiliado

El art. 144 de la ley 24.241, en relación con estos delitos (contemplados en el art. 135 de dicha ley), señala que, en los casos en que los delitos fueran cometidos a través de personas de existencia ideal, *la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradoras, mandatarios o representantes, que hubieran intervenido en el hecho, o que por imprudencia, negligencia o inobservancia*

de los deberes a su cargo hubiesen dado lugar a que el hecho se produjera.

Asimismo, los delitos previstos por el régimen legal, en forma específica, en casos de violación de lo que ha dado en denominarse "*la libertad de elección de A.F.J.P.*", son los siguientes:

a) Exigencia de requisitos no previstos

La ley prevé la configuración de un delito (con pena de 6 meses a 2 años de prisión) cuando, por imposición de requisitos no contemplados en la ley y sus normas reglamentarias, para la incorporación o traspaso a una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, o valiéndose de cualquier otro medio, no se admitiera la incorporación a una Administradora o el traspaso a otra, de un trabajador, obligatoria o voluntariamente incorporado al S.I.J.P. (art. 135, parte 1, ley 24.241).

Este supuesto quedaría configurado en los casos en los cuales la Administradora exigiera prestaciones adicionales o requisitos adicionales, para evitar —de ese modo— la incorporación de un trabajador a una determinada Administradora o el traspaso de dicho trabajador de una Administradora a otra: es decir, una suerte de "bloqueo" o impedimento de acceso al que quiere afiliarse, o "bloqueo" de traspaso al que desea traspasarse, por imposición de una prestación o exigencia no contemplada en la ley ni en las normas reglamentarias.

b) Incorporaciones o bajas no suscriptas

La misma pena impone la ley a quien incorporar a un trabajador a una A.F.J.P., sin contar con la pertinente solicitud suscripta por el mismo, o lo diera de baja de su registro de afiliados, sin observar los requisitos de la ley y sus normas reglamentarias (art. 135, parte 2, ley 24.241).

La presente norma sanciona, en forma evidente, aquellos casos en que las Administradoras operaran sobre los trabajadores sin solicitud suscripta, o en los casos de comunicación de bajas de sus registros propios de afiliados, en violación a las normas reglamentarias.

c) Prácticas prohibidas, abusos y engaño

La misma pena impone la ley a quien, empleando medios publicitarios o denominaciones engañosas o falseando o induciendo a error sobre las prestaciones del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, o de una determinada Administradora, o efectuando promesas de prestaciones complementarias inexistentes, o prohibidas por la ley o sus normas reglamentarias,

o mediante promesas de pago en efectivo o de cualquier otro bien que no sean las prestaciones contempladas en la ley, o mediante abuso de confianza o de firma en blanco, o valiéndose de cualquier otro abuso, ardid o engaño, limitara de cualquier modo el derecho de elección del trabajador a elegir libremente la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones a que desee incorporarse (art. 135, parte 3, ley 24.241)

d) Engaño por venta de otros servicios

Finalmente, en este punto, la ley reprime con prisión de 1 a 4 años, al que engañare a un trabajador que, en forma obligatoria, debe incorporarse al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, adhiriendo a un servicio que no sea establecido en la ley 24.241, o vendiéndole cualquier otro servicio o producto (art. 135, in fine, ley 24.241).

II. Figuras específicas

a) Abuso de firma en blanco

Para que exista "*abuso de firma en blanco*", configurado como conducta delictiva, debe existir un documento obtenido legítimamente de un sujeto, quien suscribe el documento en blanco, y que el mismo sea posteriormente llenado por el tenedor, de una manera dolosa, en contra de lo convenido o acordado, y causando perjuicio al firmante o a terceros.

Es decir que, quien recibió el documento, debe haberlo "*llenado*" o "*completado*", "*engañosamente*", con "*intención*" y en "*perjuicio*" del que suscribió el documento, o de un tercero.

Quiere decir entonces que, como es sostenido doctrinariamente, el delito requiere la efectiva producción de un perjuicio y, para ello, se hace necesario el uso engañoso del documento ideológicamente falso: cosa que no puede pretenderse haya ocurrido en los casos bajo análisis.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido que la exteriorización de la voluntad del sujeto activo de cometer el delito de abuso de firma en blanco, se efectúa al extender éste el documento y reclamar luego, en virtud de él, cualquiera que fuera la forma del requerimiento. Dicho de otro modo, para que pueda existir esta figura delictiva, no basta con la sola obtención del documento con firma en blanco, sino que resulta imprescindible:

(i) completarlo en contra de la voluntad del suscriptor; (C.C. La Plata, 30/6/49, J.A. 1949-III, 272)

(ii) intentar un reclamo o el ejercicio de alguna acción o derecho con dicho documento completado (C.C. Cap. 31/10/67, ED. 11.309), y

(iii) causar un perjuicio. (C.C. Cap.; 30/10/36, Fallos, 4-183; S.T.Tucumán 16/6/45, J.A. 1945-IV-109; L.L. 40-221).

b) Abuso de confianza

Para que el abuso de confianza pueda constituir una conducta delictiva, debe haber “*ardid*” —definiendo a éste como el astuto despliegue de medios engañosos— con el objeto de inducir a engaño al sujeto pasivo de la relación y ocasionarle un perjuicio, en beneficio propio. Para calificar como ardid a una acción cualquiera, es necesario un especial elemento subjetivo del tipo penal. (v. Soler, Derecho Penal Argentino, T.IV, P. 304 y ss.).

No hay “*ardides*” no intencionales, culposos, o negligentes. El ardid es del tipo doloso, es decir, con “*intención*” de engañar y causar perjuicio. Si no, no hay ardid.

Para que exista, entonces, “*abuso de confianza*”, deben existir dos momentos concatenados y con unidad intencional:

(i) la obtención de la confianza a sabiendas y con el objeto de posteriormente traicionar dicha confianza, y

(ii) la posterior “*traición*” de la confianza o “*abuso*”, aprovechándose de la misma y causando el perjuicio.

Finalmente, el perjuicio del “*abusado*” debe redundar en la obtención de un “*beneficio indebido*” por parte del “*abusador*”.

Por otra parte, si de ardid o engaño se tratara, cabe destacar que existe lo que se ha dado en denominar el “*engaño fácilmente vencible*”, que no configura ardid ni defraudación. (S.C. Tucumán, 6/11/43, L.L. 32, 639). Basta remitirse a la lectura de cualquier solicitud de afiliación o traspaso de las Administradoras, para ver, en forma destacada, que llevan el nombre y el logotipo de la Administradora, y que cada uno de los campos que deben ser llenados están identificados con su propósito, en letra clara y precisa, para que cualquier persona que lo lea, antes de firmar, sepa qué está firmando.

Tampoco debe soslayarse la difusión que ha tenido el sistema de “*Jubilación Privada*”, a través de publicaciones y anuncios oficiales del Gobierno, de las propias Administradoras y de los medios noticiosos y de comunicación social, en todo el país.

III. El tema de la “*tentativa*”

En efecto; existe, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal, “*tentativa*” de delito cuando la acción delictual alcanza cierto grado de desarrollo, porque el autor comienza su ejecución pero no consuma el delito

por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 42 C.P.). En estos casos, las penas se reducen de un tercio a la mitad (art. 44 C.P.).

Pero para que haya "tentativa", no basta con los actos denominados "preparatorios" del delito, sino que se exige cierto grado de desarrollo y ejecución (actos de ejecución).

Para determinar qué debe entenderse por "actos de ejecución", debe relacionarse el concepto con las características propias del delito de que se trate.

En los casos bajo análisis, para que pudiera entenderse que puede presumirse que existe "tentativa" de delito, el imputado (Administradora) debería haber comenzado a hacer "algo" con la documentación (p. ej.: solicitudes incompletas o con defectos formales) tendiente a la ejecución o consumación del delito (es decir, ingresarlas a listas para ser remitidas a la Superintendencia, o haber remitido las mismas a la Superintendencia).

De este modo, el solo hecho de tener solicitudes de afiliación o de traspaso presuntamente irregulares, incompletas o defectuosas, en modo alguno puede vincularse con "tentativa" de delito, ya que aun en el peor de los supuestos o sospechas que pudieran generarse por parte de las autoridades, los actos denominados "preparatorios" resultan impunes.

En forma clara y precisa, Jorge Frías Caballero (El proceso ejecutivo del delito, Ed. Bibliog. Arg.) ha desarrollado su ensayo de dogmática jurídica sobre el art. 42 del Código Penal, estableciendo que la norma que prescribe nuestro Código, "...excluye toda forma de culpabilidad que no sea el *dolo directo*..." (pág. 188) y que, respecto de su análisis, "... nada tiene que ver la intención con el comienzo de la acción ejecutiva..." (p. 192).

En efecto; la simple posesión de determinada documentación en situación que pueda considerarse —a juicio de la Superintendencia— sospechosa, "... puede ser perfectamente admisible alentar cualquier sospecha, pero lo que no se puede es tener por probado el hecho. ... Menos aun cuando se trata de una condena de naturaleza penal, y cuando las reglas son los arts. 13, 318 y 468 del C. Proc. ...pues la distinción entre un conato que comienza a ejecutarse y un acto meramente probatorio, y por consiguiente impune, pueda hacerse con el criterio de tomar en cuenta el plan del autor... no quiere decir que baste adjudicar un plan hipotético para decidir la existencia de tentativa punible". (C.N. Penal Económico, Sala II, sept. 28/987, Casa de Cambio Cambinco S.A.).

Y ello es así porque "... para que la tentativa sea punible es necesario probar que el agente tenía el propósito de cometer un delito cierto, preciso y determinado, propósito que salió del dominio de su fuero interno, pasó por los actos preparatorios y se introdujo en el terreno de los ejecutorios..." (S.T. Chaco, 18/12/62, Rep. L.L. XXIV, 1523), con lo que deben encontrarse actos

de ejecución que "... exterioricen su voluntad delictiva, por cuanto esto solo no resulta punible..." (C.Fed. Capital, 20/5/31, J.A. 35-867).

En síntesis: "... lo decisivo para deslindar el terreno de la tentativa de los actos preparatorios no punibles, es que el comportamiento que todavía no es típico, según el plan del autor, está tan estrechamente ligado a la acción ejecutiva, que sin eslabones intermedios esenciales pueda pasar a la fase decisiva del hecho..." (C.Crim. y Corr. Sala 2, 27/2/90, Thompson, Sergio y otros, Síntesis 1993-II); así como que "... el empleo inocente, de buena fe, o declarado de documentos dudosos no constituye tentativa" (v. Soler, Derecho Penal Argentino, T. IV, p. 331 y C. Ap. Mercedes, DJA, 19/19/43, fallo 1810).

IV. *Los alcances de la obligación de efectuar la denuncia penal por parte del organismo de contralor*

Por otra parte, cabe recordar que el Código de Procedimientos en lo Penal en las normas pertinentes señala que la denuncia procede cuando se tiene "...noticias de un delito..." (art. 174) y la obligación sólo se encuentra en cabeza del funcionario o empleado público que "...los conozcan... en el ejercicio de sus funciones..." (art. 177, inciso 1).

La eventual denuncia penal debe cumplir con la preferencia otorgada por el art. 176 del C.P.P., en orden a "... la relación del hecho señalando las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución, la indicación de los partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan inducir a su comprobación y calificación..."

V. *Delitos de peligro y de resultado*

No por sabido conviene dejar de recordar que corresponde analizar si las conductas descriptas en dicha norma (art. 135 de la ley 24.241) se tratan de delitos de *peligro abstracto*, de *peligro concreto* o de delitos de *resultado*.

Los delitos de peligro abstracto, en los que se encuentran sancionados los meros actos preparatorios —v.g. tenencia de armas y explosivos—, tienen que hallarse específicamente previstos en la ley penal.

Esto no ocurre con las figuras del art. 135 de la ley 24.241, por lo que los tipos consignados en dicha disposición corresponden a delitos de resultado, es decir, que se sanciona la consumación del hecho que lesiona el bien jurídico protegido.

Al efecto, debe tenerse presente que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, la realización de un delito se despliega en un proceso general que —conceptualmente— consta de pasos o etapas. Decidida la realización —etapa interna—, el agente pone en obra la decisión —etapa externa—,

proveyéndose en primer lugar de los medios instrumentales o colocándose en la situación que considera adecuada para llevarlo a cabo —actos preparatorios—; comienza a ejecutar después la obra delictiva —ejecución— hasta llegar a completar la totalidad de la acción descrita.

Cuando el autor, en la preparación del hecho, se provee de los instrumentos con que piensa llevarlo a cabo, o se coloca en situación de perpetrarlo, estamos en presencia de actos preparatorios no punibles en los delitos de resultado.

De la lectura de las distintas figuras que contiene el art. 135 de la ley 24.241, se puede afirmar que estamos frente a un accionar que *se consuma con la incorporación del trabajador a la A.F.J.P. que no eligió libremente.*

Una elemental norma de prudencia aconseja que, antes de presentarse a un órgano jurisdiccional, y reclamar la actividad del mismo para que sancione a una determinada persona por la comisión de un suceso delictual, un órgano como la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, debe necesariamente obtener los datos mínimos que, seriamente, fundamenten su pretensión.

De este modo, no debe admitirse que el organismo de contralor se presente ante la justicia formulando denuncias penales, en razón de que los hechos investigados o verificados por éste, podría llegar a constituir un delito penado por la ley 24.241, ya que tal conducta, importaría buscar que el juzgado “salga de pesca”, lo que acertadamente ha sido descalificado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, Causa 5467, de fecha 6/9/88, recordando la famosa sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, in re “*Federal Trade Comission vs. American Tobacco*”.

Por ello, frente a hechos investigados, el organismo de contralor debe sólo efectuar la denuncia penal, en aquellos casos concretos en los cuales tome “conocimiento” de la existencia de un delito penado por la ley 24.241.