

Delitos contra el orden económico y financiero

Carlos Cruz, Bibiana Birriel, Gerardo Miño, Gustavo Russo, Mariana Sastre, Florencia Sinagra, Adrián Tilve, Valeria Thus, Fernando Vásquez Pereda

El presente trabajo ha sido elaborado por miembros del Seminario Permanente sobre Delitos Societarios que, bajo mi dirección, funciona en el Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco de una investigación sobre Delitos económicos y ante una invitación formulada a la comunidad universitaria por parte de los autores del Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. 678/12 PEN) a los efectos de que se formulen observaciones respecto a la reforma proyectada. Así, este trabajo reproduce, con algunos agregados, las propuestas que presentáramos ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Carlos Cruz

Índice

Observaciones sobre el tema Acciones públicas dependientes de instancia privada – Florencia Sinagra 3	
Observaciones sobre el tema Plazo de extinción de la acción a personas jurídicas – Adrián Martín Tilve	8
Observaciones sobre el tema Agiotaje Mercantil – Gustavo Russo.....	10
Observaciones sobre el tema Balance e informe falso – Valeria Thus	15
Observaciones sobre el tema Autorizaciones indebidas o Actos contrarios a la ley o a los estatutos – Adrián Tilve	20
Observaciones sobre el tema Desabastecimiento – Carlos Cruz.....	24
Observaciones sobre el tema Defensa de la Competencia / Monopolios – Carlos Cruz	29
Observaciones sobre el tipo de suministro o uso de información privilegiada – Mariana Sastre.....	40
Observaciones sobre el tema Manipulación del Mercado y Oferta Engañosa (agiotaje financiero) – Gustavo Russo	43
Observaciones sobre el tema manipulación del mercado y oferta financiera engañosa - Bibiana Birriel	¡Error! Marcador no definido.
Observaciones sobre el tema de la incorporación del agravante a la manipulación del mercado y oferta engañosa – Fernando Vásquez Pereda	48
Observaciones sobre el tema Intermediación y captación irregular o no autorizada – Adrian M. Tilve	51
Observaciones sobre el tema Registro Irregular de operaciones financieras – Gerardo Miño	55

§ I.- Observaciones sobre el tema Acciones públicas dependientes de instancia privada – Florencia Sinagra

I.1.- Artículo 43, Libro I, Título IV - *Del ejercicio de las acciones*.

I.2.- Texto del Anteproyecto:

Artículo 43.- Acciones públicas dependientes de instancia privada

1. Son acciones públicas dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

a) Los establecidos en los artículos 126° y 127° de este Código, siempre que no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas (artículo 93°).

b) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

c) Amenazas y coacciones (artículos 115°, inciso 1° y 116°, inciso 1°).

d) Hurto simple (artículo 140°, inciso 1°). Robo con fuerza en las cosas (artículo 141°, inciso 1°, primer supuesto).

e) Estafas y otras defraudaciones (artículos 143°, 144°, 145° inciso 1°, apartados a), b) y c), y 146°).

f) Cheques sin provisión de fondos (artículo 148°).

g) Los relativos a los derechos intelectuales (artículo 150°), a las marcas y designaciones (artículo 151°), y a los modelos y diseños industriales (artículo 152°).

h) Insolvencias punibles (Título VII, Capítulo X).

i) Daños (artículos 162°, incisos 1° y 2°).

j) Los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria (artículos 165°, inciso 1°, apartado b), e inciso 2°).

k) Incumplimiento de deberes de asistencia (artículo 138°, inciso 1°, apartados a, b y c).

l) Obstrucción o impedimento de contacto y desobediencia de órdenes judiciales (artículo 139°).

ll) Violación de domicilio (art. 117°).

2. En tales casos se procederá a formar causa sólo si mediare denuncia de la persona directamente ofendida o de sus representantes legales. Los menores podrán formular denuncia desde los diez y seis años.

3. El fiscal procederá de oficio cuando el hecho fuere cometido contra un menor de diez y seis años o un incapaz que no tuvieren representantes, o si lo hubiere realizado uno de éstos.

4. Si existieren intereses contrapuestos entre alguno de los representantes y el menor o incapaz, el fiscal deberá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés de éstos.

5. Cuando cesare la incapacidad o el menor cumpliera los diez y seis años, podrán desistir de la acción promovida por su representante o, en su caso, por el fiscal.

I.3.- Antecedentes: En el anterior Proyecto elaborado conforme la Res. 303/04 MJ y DH y anexa, que resulta el antecedente de la previsión que estamos considerando, se sostuvo, respecto a la pertinencia de la regulación de los aspectos vinculados con el nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal en la ley de fondo: que se adhería a la “posición afirmativa en este punto”.

En esta orientación el artículo 50 del Proyecto previó un sistema similar al del actual AP al establecer: “Acciones públicas dependientes de instancia privada. Son acciones dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: (...) e) Estafas y otras defraudaciones (artículos 174, 175, 176 incisos a), b) y c), y 177 de este Código); salvo que se cometiere en perjuicio de alguna administración pública; (...) g) Los relativos a los derechos intelectuales(artículo 179 de este Código) y a las marcas designaciones (artículo 180 de este Código) h) Los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria (artículos 201 y 202 de este Código); (...) En tales casos no se procederá a formar causa si no media denuncia previa del agraviado, de sus representantes legales, tutor o guardador.

I.4.- Cuestiones – Observaciones.-

I.4.1.- Introducción.

La Exposición de Motivos del actual Proyecto de Código Penal de la Nación (Dec. 678/12) por su parte, desarrolla la postura clásica – de cuño liberal – que apunta a revalorar la “intervención de la persona ofendida”, con especial referencia al supuesto de delitos sexuales y a la importancia de evitar una doble victimización.

En esta orientación, la Exposición se extiende básicamente alrededor de las cuestiones atinentes a menores , incapaces y sus representantes, sin una especial consideración acerca de los ilícitos que pueden afectar intereses económicos. Cabe destacar en este aspecto que en el Proyecto de reforma, independientemente de las figuras ligadas con el hurto, robo o daño: la mayoría de los tipos penales cuya

investigación se hace depender de la previa instancia privada se vinculan con delitos contra el patrimonio o el orden económico y financiero. Delitos estos que pueden dar lugar a afectaciones de derechos e intereses supraindividuales.

El artículo 43 del AP dispone que la acción pública dependerá entonces de instancia privada cuando, entre otros supuestos, se trate de los delitos de: estafas y otras defraudaciones, defraudaciones agravadas y defraudaciones menores (inc. 1 apartado e); cheques sin provisión de fondos (inc. 1 apartado f); derechos intelectuales (inc.1, apartado g); insolvencias punibles (inc. 1 apartado h) y los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria (inc. 1 apartado b), e inciso 2°).

De esta manera, la acción pública la ejerce el Ministerio Público Fiscal que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de la instancia de la persona ofendida en forma directa por el delito. Es decir, que el tópico que nos ocupa constituye las excepciones a la potestad del órgano acusador de instar el ejercicio de la acción.

I.4.2. En el marco del análisis de los comportamientos que pueden lesionar intereses colectivos, entendemos a partir de la experiencia y tal como lo reflejan los trabajos especializados en la materia, que tanto la investigación de los hechos como la tarea teórico- analítica en el campo de los *delitos contra el orden económico y financiero* conllevan un alto nivel de complejidad. Complejidad esta que también se ve incrementada por el eventual compromiso del interés público, la participación de sectores vinculados con el poder, la pluralidad de actores que pueden intervenir en un mismo hecho y la posición, y posibilidades reales, de la propia víctima para asumir el inicio del proceso. Lo cual marca una diferencia con los *delitos clásicos* y nos lleva a recordar que: “*todo modelo de proceso penal, tanto si se le considera desde el punto de vista normativo, como del de la efectividad, indica siempre a su vez un correlativo sistema, normativo o efectivo, de derecho penal sustancial*”¹ .

En esta línea trataremos de amojonar los postulados que nos llevan a sostener, en los casos de delitos que lesionan el orden económico y financiero y en función de lo establecido por el artículo 42 de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales incorporados a la misma: que en esta temática la acción penal debe ser ejercida por el

¹ Ferrajoli, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*; 8va. Edición; Ed. Trotta; Madrid; 2006; pág. 538.

representante del Ministerio Público Fiscal, sin quedar librada al eventual e incierto impulso procesal por parte de quien también pudiera llegar a considerarse ofendido.

I.4.3. Atento lo expuesto en la referida Exposición de motivos, surge que el fundamento a partir del cual se conforma el artículo 43 del AP se centra en priorizar la voluntad del ofendido por sobre el interés del Estado, que muchas veces se confunde al ser mencionado como *interés de la sociedad* y, se agrega: que “la intervención de oficio del Estado en conflictos en los que nadie lo ha llamado, no deja de ser un acto que siempre conlleva cierto carácter autoritario, que extrema *la confiscación de la víctima*, lo que lejos de respetar una tutela o defensa de intereses supuestamente sociales, no pasa de ser una intervención abusiva en la esfera de las decisiones personales de quien ha sufrido las consecuencias lesivas del conflicto”.

Entendemos que estos fundamentos son atendibles en situaciones, como las que desarrolla *in extenso* el texto expositivo en relación con las víctimas de delitos contra la integridad y la libertad sexual, en el marco de los cuales es relevante abrir el debate respecto de las consecuencias negativas, tanto psicológicas como sociales, que la intervención en un juicio pueda acarrearle a la persona ofendida.

Sin embargo, en el caso de los injustos con implicancias económicas y financieras deviene difícil sostener que la víctima de una defraudación o quien ha sido engañado respecto a las inversiones de una empresa padezca trastornos emocionales o psicológicos por tener que ventilar la problemática crematística en un expediente judicial. En consecuencia, intentar homogeneizar el tratamiento de la víctima sin considerar el bien jurídico afectado o la lesión de intereses colectivos conlleva a atomizar el concepto de interés público sin considerar que el suceso puede exceder intereses individuales.

I.4.4. Una de las características de los delitos económicos es que los mismos suelen ocasionar peligro o lesiones para bienes jurídicos de carácter supraindividual que trascienden la esfera privada de las personas particulares. Poner en esas coyunturas la decisión de promover la acción penal en las víctimas, es desatender las asimetrías existentes en el mundo mercantil y financiero, donde los sujetos afectados en forma directa pueden encontrarse en una situación de desequilibrio respecto a los autores de los actos delictivos. Todo lo cual hace aconsejable, en estos temas, que el impulso del proceso en resguardo de intereses particulares y colectivos continúe en manos de

Ministerio Público Fiscal. Máxime si se tiene presente que en muchas ocasiones se debe confrontar con el poder económico concentrado.

II.- Propuesta de reforma

Se propone el siguiente texto:

ARTÍCULO 43.- Acciones públicas dependientes de instancia privada

1. Son acciones públicas dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:
 - a) Los establecidos en los artículos 126° y 127° de este Código, siempre que no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas (artículo 93°).
 - b) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
 - c) Amenazas y coacciones (artículos 115°, inciso 1° y 116°, inciso 1°).
 - d) Hurto simple (artículo 140°, inciso 1°). Robo con fuerza en las cosas (artículo 141°, inciso 1°, primer supuesto).
 - e) Daños (artículos 162°, incisos 1° y 2°).
 - f) Incumplimiento de deberes de asistencia (artículo 138°, inciso 1°, apartados a, b y c).
 - g) Obstrucción o impedimento de contacto y desobediencia de órdenes judiciales (artículo 139°).
 - h) Violación de domicilio (art. 117°).
2. En tales casos se procederá a formar causa sólo si mediare denuncia de la persona directamente ofendida o de sus representantes legales. Los menores podrán formular denuncia desde los diez y seis años.
3. El fiscal procederá de oficio cuando el hecho fuere cometido contra un menor de diez y seis años o un incapaz que no tuvieren representantes, o si lo hubiere realizado uno de éstos.
4. Si existieren intereses contrapuestos entre alguno de los representantes y el menor o incapaz, el fiscal deberá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés de éstos.
5. Cuando cesare la incapacidad o el menor cumpliera los diez y seis años, podrán desistir de la acción promovida por su representante o, en su caso, por el fiscal.

§ II.- Observaciones sobre el tema Sanciones a las Personas Jurídicas. Plazo de extinción de la acción. – Adrián Martín Tilve

I.1.- Artículo 59, inciso 8°, Libro I, Título IX – Sanciones a las personas jurídicas

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 59.- Condiciones.-

1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo beneficio y no generare provecho alguno para ella. (...)

8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años.

Parte pertinente de la exposición de motivos del AP 2013

“La duración razonable del proceso respecto de una persona jurídica no puede ser la misma que para un individuo, pues semejante arrastre punitivo es susceptible de condicionar su extinción, toda vez que importa una imposibilidad de evaluar sus activos a efectos de mercado. Por tal razón, el inciso 8° proyectado lo fija en un máximo de seis años.”

I.3.- Correlaciones: Anteproyecto Resolución 303/04 MJ y DH y anexas: Art. 67; Código Penal: arts. 304 y 313; ley 19.359: art. 2, ap. f; ley 20.680: art. 8; ley 22.415, art. 887; ley 24.769: art. 14; ley 25.156: art. 42.

I.4.- Cuestiones – Observaciones.-

I.4.1.- Antecedentes normativos.-

Sin antecedentes.

I.4.2.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto.-

El plazo de extinción de la acción en el caso de las personas jurídicas, previsto en el inciso 8° del AP, es pasible de algunos reparos.

En primer lugar, no queda explicitado por qué optar por un término fijo de seis años resulta ser lo adecuado, siendo que tradicionalmente se ha sujetado la duración de la acción penal a la extensión temporal de la pena en expectativa. No se nos escapa que en el caso, no se han establecido, ni cerrado las cuestiones y debates doctrinarios relacionados con la naturaleza jurídica de esta clase de sanciones. Así, en el Anteproyecto más allá de tenerse presente las discusiones en el plano de la doctrina administrativa y penal se ha limitado a establecer un marco sancionador y remitirlo a la competencia de la justicia penal. Sin embargo, esta falta de decisión tiene implicancias - entre otros aspectos- en la naturaleza de la acción que se pueda intentar contra el ente, la cual, corresponde asimilarla al régimen de la acción penal de las personas físicas, al encontrarse en un mismo cuerpo normativo (Código Penal).

Independientemente de esta cuestión, a nuestro criterio la norma proyectada además es poco clara ya que no prevé desde cuándo comienzan a computarse los seis años, es decir si empiezan a transcurrir desde el día en que se cometió el delito, o bien desde el momento en que se inicia el proceso. El texto legal analizado nada dice al respecto, sólo en la exposición de motivos se alude a “la duración razonable del proceso...”, con lo cual parece que se ha optado por la segunda opción.

De acuerdo al texto de la exposición de motivos que hemos citado, se justificó la decisión de establecer un plazo de duración de la acción en seis años al considerarlo como un límite razonable ya que un proceso penal a costas, impediría “evaluar” correctamente los activos de la sociedad en cuestión. No compartimos esta idea, formulada como afirmación dogmática, ya que la eventual sanción a la persona jurídica es factible de ser considerada como un riesgo más del ente, y mediante la técnica contable y de auditoría correspondiente es posible tratarla como una previsión y/o reserva más a evaluar. Así, la experiencia nacional e internacional en la materia, relacionada con actuaciones de índole cambiario, tributario, aduanero o de defensa de la competencia, no permite inferir que esa afirmación tenga correlato con la realidad y que procesos que excedieron esos términos hayan impedido el desarrollo de la empresa o la llevado a “su extinción”.

Finalmente, consideramos que en el marco de los delitos complejos, el plazo establecido puede resultar extremadamente breve en la práctica. Estudios de campo, como el Proyecto UBACYT D007 (Facultad de Derecho-UBA, -año 2008-) arrojó como resultado que el plazo de duración promedio de procesos penales en los que se investigó la responsabilidad penal de los directivos de bancos en maniobras

defraudatorias de gran impacto social y económico, era de catorce años. Esto, claro está, no resulta razonable pero es un dato fáctico que no puede pasarse por alto al diseñar elementos esenciales de la política criminal.

Cabe también referir que en muchos supuestos de ilícitos económicos la investigación en sede penal recién comienza luego desarrollarse el sumario en sede administrativa, con lo cual ya se ha insumido, a veces, gran parte de esos seis años y resta poco tiempo para llevar a cabo la instrucción penal, el juicio oral y arribar a una condena firme, máxime cuando no se han contemplado causales de suspensión ni interrupción de este plazo.

De esta manera la definición de política criminal en análisis, implica establecer una *cláusula de fuga* del sistema que convierte en simbólicas las previsiones que apuntan a la prevención y control de los ilícitos económicos en que resultan beneficiadas las personas jurídicas.

II.- Propuesta de reforma

Se propone eliminar el inciso octavo del artículo 59 del Anteproyecto y disponer que sean aplicables a las personas jurídicas, en cuanto corresponda, las previsiones que regulan el plazo de prescripción de la acción penal para las personas físicas, como también las causales de suspensión e interrupción del mismo.

§ III.- Observaciones sobre el tema Agiotaje Mercantil – Gustavo Russo.

1.1 Artículo 164. Libro II “De los Delitos”, Título VIII “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”, Capítulo I: “Fraudes al Comercio, a la Industria y al Consumo”

1.2 Art. 164. Agiotaje Mercantil.- “Será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas, o por reunión o coalición entre los principales

tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de hacerlo a un precio determinado”.

El código penal vigente, aborda el agiotaje mercantil simple en el art. 300 inciso 1º, en los siguientes términos: “Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años: 1º El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a precio determinado.”

1.3. Antecedentes:

El delito de agiotaje ya fue previsto en el tipo del artículo 210, inciso 1º, correspondiente al Título V referido a los “delitos contra la propiedad”, Capítulo IV dedicado a las “Estafas y otras defraudaciones” del Proyecto de Código Penal de 1891 (Piñero, Rivarola y Matienzo) que establecía la pena de “penitenciaría” de seis meses a dos años, al que para procurarse o para procurar a otro un provecho ilícito, hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores, por medio de noticias falsas o negociaciones fingidas. Los tres incisos que conforman el art. 210 del Proyecto de 1891, fueron tomados de los artículos 334, 335 y 336 del código holandés y ,específicamente, el inciso 1º de la norma, proviene del art. 334 del citado código Penal de Holanda, encontrando además concordancia en el art. 293 del Código Italiano, el artículo 419 del Código Penal francés y en los artículos 556 y 557 del Código Penal Español.

En la exposición de motivos del Proyecto de 1891, se fundó la necesidad de la recepción de la figura del agiotaje en el ingente desarrollo que tanto el comercio como la especulación, habían adquirido en nuestro país para esa época.²

² Por su parte, el Proyecto de Código Penal de 1895 (Proyecto Segovia), también recepto, en el art. 240, dentro del Título V dedicado a los “Delitos contra la propiedad”, Capítulo IV “Estafas, apropiaciones indebidas y otras defraudaciones” a la figura de agiotaje, previendo la misma sanción (de seis meses a dos años de “penitenciaría”) y sin modificaciones de importancia en la redacción respecto del Proyecto de 1891, manteniendo también, los mismos modos comisivos allí previstos -noticias falsas y negociaciones fingidas. El Proyecto de Código Penal de 1906, modificó en lo que respecta al delito de agio, la sistemática de los Proyectos de 1891 y 1893, ubicándolo en el art. 319 inciso 1º, en el Capítulo V correspondiente a los “Fraudes al comercio y a la industria”, dentro del Título XII relativo a los “Delitos contra la fe pública”. En este Proyecto se introdujo como modo comisivo “la reunión o coalición de los principales tenedores de una mercancía o género” y se eliminó el elemento subjetivo, según el cual el sujeto activo debía obrar con la finalidad de obtener un provecho ilícito para si o para un tercero,

2. Observaciones y Aporte al Proyecto:

Al momento de referirse al bien jurídico protegido, los redactores manifestaron, en el propio texto del proyecto, que: “El tipo penal del artículo 164° ... Apunta a la protección de la comercialización de los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población, sancionando la manipulación de los precios a través de prácticas maliciosas o por medio del acuerdo entre los principales oferente”. Sin embargo, entiendo que ese análisis es parcial toda vez que el tipo de agiotaje mercantil estructurado se refiere a maniobras entre los principales tenedores de una mercancía o género.

Ahora bien, tomando como base de análisis al tipo penal de agiotaje, tal y como se encuentra descrito en los actuales artículos 300 inciso 1° del CPN, y en el

circunstancia que se mantuvo vigente tanto en la redacción del art. 300 inc. 1 como en el nuevo art. 309 del CPN. En el Proyecto de Código Penal de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gomez, se incluyó el Título XIV dedicado a los “Delitos contra el comercio, la Industria y la Economía Pública”, cuyo primer capítulo se refiere a los fraudes al comercio y a la industria, dentro del cual, el art. 385, inciso 1° disponía: “se impondrá prisión de seis meses a dos años:...al que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos, valores o salarios, por medio de noticias falsas o negociaciones fingidas”. En el Proyecto Peco de 1941, el delito de agiotaje fue previsto en el art. 260 bajo el título de “agio” dentro del Capítulo I “Delitos contra la Economía Pública”, perteneciente al Título Tercero relativo a los “Delitos contra la Economía Pública, el Comercio y la Industria”; en este proyecto el delito de agio se encuentra legislado en el art. 325, dentro del Título IX “Delitos contra las finanzas y la economía pública”, Capítulo III “Alteraciones arbitrarias del mercado” y con el siguiente texto: “Al que, para mantener injustificadamente en el mercado nacional o internacional el precio de mercaderías, salarios o valores, o para provocar su alza o su baja, publicare o divulgare noticias falsas, exageradas o tendenciosas, o realizare negociaciones fingidas u otra maniobra similar, se le impondrá prisión de uno a tres años. Si se produjere el alza, la baja o el mantenimiento injustificado de los precios, la pena será de uno a cinco años de prisión”. El Proyecto de Código Penal, que fue presentado el 31 de marzo de 1960, el delito de agio es receptado en su art. 235, dentro del Capítulo 2 “usura y agiotaje”, perteneciente al Título VIII “Delitos contra la buena fe en lo negocios”, con el siguiente texto: “será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con multa no menor de treinta días el que, con el propósito de alcanzar un lucro inmoderado para sí o para un tercero, procurare el alza o baja del precio de mercaderías, valores, o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento o destrucción de productos o convenios con otros productores, tenedores o empresarios. La pena de prisión se elevará en un tercio si se lograre la alteración de los precios y el doble sí en tal caso se tratare de artículos de primera necesidad”.

Anteproyecto de Código Penal Argentino (decreto PEN 678/12) existen varios aspectos que podrían modificarse en beneficio de un sistema mas eficiente.

No puede desconocerse que el mundo de los negocios, y en particular las transacciones comerciales, han adquirido un ritmo que se ha acelerado notablemente de la mano de los avances tecnológicos. No es necesario aclarar que al momento de la redacción del Código Penal Argentino, el telégrafo y el teléfono eran los mayores adelantos de la época en lo que a comunicaciones se refiere; y que las transferencias bancarias y demás operaciones comerciales y financieras de aquel entonces carecían de la inmediatez actual. En definitiva, como ya lo hemos expuesto, el devenir de la tecnología, útil por cierto, también es utilizado tanto para tornar complejas las maniobras delictivas como para evitar su detección.

Sin perjuicio de la claridad con la que se presenta el escenario, a mi criterio, la reforma que introdujo la ley 26733, en el año 2011, no reparó en estas circunstancias, perdiéndose una oportunidad histórica para actualizar nuestra legislación.

En función de lo expuesto, resulta aconsejable dotar a la norma penal de la flexibilidad necesaria para adaptarse a la realidad respecto en la cual debe regir. Así, y ya en torno al delito de Agiotaje, al que alude el primer inciso de los artículos 300 y 309 del Código Penal Argentino, parecería necesario modificar la redacción en lo que respecta a las modalidades comisivas. En efecto, el carácter taxativo de la enumeración de los modos de comisión de la disposición penal de mención, resulta a nuestro criterio y conforme los fundamentos expuestos, inadecuada, por lo que propiciamos su modificación.

Para ello es necesario adoptar una formula similar a la del artículo 172 del Código Penal Argentino referido a la estafa. En esa dirección se orientaron, por ejemplo a nivel nacional respecto del delito de agiotaje, los Proyectos de reforma de Código Penal de 1951 y 1952 (Levene).

En los actuales códigos penales de Bolivia, Venezuela y Chile, luego de enumerar ciertas modalidades comisivas del delito de agiotaje, se recurre a una modalidad genérica. Redacción esta que acota el rasgo de taxatividad a la enumeración de los modos de comisión y como complemento, se habilita la configuración del tipo penal a partir de otras modalidades comisivas, en tanto y en cuanto aquellas resulten maniobras que revistan el carácter propio de las fraudulentas.

Es por ello, que la formula que se propone debería incluir: “*o mediante cualquier otra maniobra fraudulenta*” de modo tal, que el tipo penal posea la

virtualidad de abarcar todas aquellas modalidades posibles para llevar adelante la conducta de agiotaje.

En otro orden resultaría adecuado complementar el aspecto punitivo de la norma con la pena de inhabilitación para actuar en el sistema financiero o ejercer el comercio, circunstancia que se deriva por un lado del carácter económico del delito en estudio y por el otro del daño que su consumación puede acarrear a la comunidad sobre la que recae.

Si bien el nuevo art. 309 del Código Penal Argentino –art.175 a del Anteproyecto- prevé entre sus sanciones la pena de inhabilitación e incluso la pena de multa, no encuentro motivos para no incluirlas también en los supuestos del art. 300 inciso 1º -Art. 164 del Anteproyecto-.

Asimismo la norma descrita en el art. 300 inciso 1º debería completarse con la previsión de un agravante para aquellos casos en los cuales, los objetos sobre los que recae la conducta de agiotaje se trate de bienes de primera necesidad. Si bien ello implica, comulgar con un tipo penal con mayor apertura que el receptado en la redacción actual -por cuanto sería necesaria la existencia de otra norma que defina que productos revisten la especial categoría de primera necesidad- ello no parece óbice en aras a resguardar su eficacia.

Por último, y a fin de respetar la sistemática dispuesta a partir de la ley 26733, que introdujo el título XIII, “Delitos contra el orden económico y financiero” entendemos que es adecuado mantener por separado las normas dirigidas por un lado, al agiotaje mercantil y por el otro al agiotaje societario - financiero.

3. Propuesta de reforma

Propongo que el tipo relativo al agiotaje mercantil –actualmente descrito en el art. 300, 1º del CPN –art. 164 del Anteproyecto conforme Decreto 672/12- se redacte del siguiente modo: *“Será reprimido con prisión de uno a seis años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación especial de cinco a diez año para ejercer el comercio, el que hiciere alzar, mantener o bajar el precio de las mercaderías, por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, o mediante cualquier otro ardid o engaño, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado. La pena de prisión se elevará al doble cuando se tratare de artículos que satisfagan necesidades básicas de la población.”*

§ IV.- Observaciones sobre el tema **Balance e Informe falso** – Valeria Thus

I.1.- Artículo 165, Libro II, Título VIII *Delitos contra el orden económico y financiero*, Capítulo I *Fraudes al comercio, a la industria y al consumo*.

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 165.- Balance o informe falso y otras irregularidades.

“1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que, estando facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir documentación o información acerca de su situación económica, la ocultare a sabiendas mediante:

a) Publicación, certificación o autorización de un inventario, un balance u otros documentos de contabilidad, falsos o incompletos.

b) Información falsa u omisiva a la asamblea, a los accionistas o a una reunión de socios.(...)”

I.3.- Antecedentes inmediatos: Proyecto de 1941: artículo 347; Proyecto de 1989/90: artículo 201; Anteproyecto Resoluciones 303/04 y 136/05 MJ y DH: artículo 201 (cfr. artículo 50, h, sobre ejercicio de la acción penal); artículo 300, inc. 2) Código Penal Argentino (incorporado por la Ley 26.733 del 28/12/2011).

I.4.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto.

La redacción vigente de los tipos atinente a los temas de Balance e Informe falsos, acorde la redacción de la ley 26.733, ha sido objeto de algunos señalamientos que, entiendo, en líneas generales se subsanan con algunas de las propuesta del AP 2012. Así, a los efectos de contribuir a su análisis y redacción, formularemos una serie de observaciones y sugerencias al respecto.

1) El Código vigente presenta superposición o duplicidad de figuras y disparidad de penas para estos ilícitos.

El Código Penal argentino, a partir de la reforma introducida por la ley 26.733/2011, mantiene los delitos de Balance e informe falsos (art. 300, inciso 2 CP) a la vez que incorporó el artículo 309 inciso 2 CP (Información falsa) en el Título XIII

destinado a los Delitos contra el orden económico y financiero.³ El estudio comparativo de los tipos penales previstos en los artículos 300, inc. 2 y 309 inc. 2, ha dado lugar a ciertos reparos que apuntan a señalar la superposición o duplicidad de figuras por cuanto en ambas descripciones se abarcan similares comportamientos. En este sentido, corresponde referir que los dos supuestos, independientemente de la técnica legislativa utilizada (en el caso del artículo 309 inciso 2 CP la descripción de los elementos normativos del tipo resulta más próxima a la modalidad que adopta la legislación española en la materia) se verifican idénticas conductas punibles relacionadas con balance e informe falsos. También se ha objetado la disparidad de penas a las que se somete el comportamiento prohibido, aunado a la diversidad de bienes jurídicos afectados. Así las cosas, en un caso el monto de pena privativa de libertad es de seis meses a dos años (art. 300, 2) y en el otro supuesto (art. 309, 2) es de dos a seis años, lo que podría dar lugar a planteos de inconstitucionalidad por afectación a los principios de legalidad y culpabilidad .⁴

2) **La modalidad de *ocultar***. Se introduce esta modalidad que viene a suplir la *reticencia* que fuera suprimida del art. 300, inc. 2°, conforme la redacción de este artículo a partir de la ley 26.773. Supresión esta que no resulta acertada en tanto excluye un catálogo de conductas (como ser el ocultamiento o información parcializada)

3) **Ubicación sistemática más adecuada**, el AP inserta el artículo dentro de los delitos contra el orden económico y financiero, revalorando de esta manera el carácter pluriofensivo de los delitos de balance e informe falso.

³ En este punto es necesario aclarar que la ley 26.733 al momento de ser sancionada, poseía una numeración distinta en los artículos y fueron los mismos legisladores quienes facultaron al Poder Ejecutivo Nacional a reenumerar los mencionados artículos (ver arts. 10 y 11 de la Ley). De este modo a través del Decreto N° 169/12 pasó de su originaria numeración 308 inciso segundo al actual artículo 309 inciso segundo.

⁴ Un ejemplo puede clarificar esta situación: el síndico de una sociedad anónima que informare falsamente a los socios respecto de la situación patrimonial de la empresa, podría verse incurso en las dos modalidades delictivas previstas en la nueva ley 26.773. Es el “*síndico de la sociedad anónima*” que “*informa a la reunión de socios con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa*” según la nueva redacción del artículo 300 inciso 2 CP y es “*el fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada*” que “*informa a los socios falseando hechos importantes para apreciar la situación de la empresa*” según el nuevo artículo 308 inciso 2 CP. En el ejemplo mencionado, el síndico de la sociedad anónima no sabría con certeza si la conducta atribuible prevé una pena de un máximo de dos años o de seis años.

4) **Ha ampliado el círculo de posibles sujetos activos.** En este sentido, tratándose de un delito especial propio, por una parte, se deja de lado la especificación de cargos dentro del ente asociativo (fundador, director, administrador, liquidador o síndico) para atribuir la conducta a quienes están facultados u obligados, por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial, a producir documentación o información. Asimismo, es menester señalar que el AP recepta en su Parte general la referencia al administrador, gestor o representante de hecho, al introducir en el artículo 10 la cláusula del “actuar en lugar de otro”, en los siguientes términos: “1. *El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro, responderá por el hecho punible, aunque no concurrieren en él las calidades legales de aquel, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare.* 2. *Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz.*”).

De este modo, en el AP se incorporan acertadamente nuevos sujetos activos del delito: *administrador* y *gestor*, en concordancia con las más modernas teorías de autoría y participación en el seno de sociedades comerciales (representante de hecho).

5) **Cierra la discusión doctrinaria respecto a si las personas jurídicas civiles se encontraban o no abarcadas por la figura.** En este aspecto, los tipos considerados se circunscriben a las sociedades comerciales.

6) Sustituye algunos elementos normativos del tipo por la fórmula alternativa ***u otros documentos de la contabilidad***, que abarca otros instrumentos contables (incluso documentos informáticos). Aspecto este que podría generar controversias en el marco del principio de taxatividad de la ley penal.

7) **Ejercicio de la acción.** En lo que respecta a esta cuestión y en función de lo establecido por los artículos 42 y 43 del Anteproyecto, cabe distinguir dos posibilidades: a) por un lado el Ministerio Público Fiscal debe ejercer la acción pública en el supuesto de publicación de inventario, balance u otros documentos contables falsos o incompletos (artículo 165, inciso 1, apartado a); b) mientras que por otro lado, se ha catalogado como acción pública dependiente de instancia privada la que emerge de las conductas de información falsa a la asamblea, socios o accionistas (artículo 165,

inciso 1, apartado b) y respecto de actos contrarios a los estatutos o la ley (artículo 165, inciso 2)

Considero que si se quiere proteger, en forma real y efectiva, la transparencia y las correctas prácticas mercantiles que deben primar en el marco de las relaciones comerciales, de modo que la información volcada en los estados contables y documentación sea veraz y cierta - ello en atención a la afectación que estas prácticas generan al orden socio-económico - no puede sujetarse el *ius puniendi* estatal a la voluntad particular del ofendido. Voluntad esta que muchas veces se encuentra limitada por las posibilidades de impulsar el proceso por parte de la persona afectada en forma directa o bien por la naturaleza y operatoria de los poderes que se debería enfrentar. El criterio adoptado por el AP desnaturaliza la decisión político criminal de procurar controlar estas prácticas nocivas para el ordenamiento económico en su conjunto, en vista a las consecuencias negativas -mediatas y supraindividuales- que las mismas acarrearán para el conjunto de la población. Lo que lleva a construir estructuras normativas que, en el plano material, tienen una mera función simbólica, y que como tales: no tienen real incidencia en la prevención y control de la delincuencia económica, en el marco de las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a la misma.

II.- Propuesta de reforma.

- a) En cuanto a los medios destinados a ocultar información, es necesario incorporar - a los efectos de garantizar la máxima difusión posible- junto con *la publicación* (que se refiere a escritos, impresos) a la *publicidad* ya que la misma abarca comportamientos distintos (conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de cosas o hechos)⁵
- b) Parece aconsejable no acotar que la información falsa u omisiva sea brindada *a una reunión de socios* ya que la misma puede ser expuesta a los asociados en distintos ámbitos y a través de diferentes medios (cfr. art. 165, 1,b *in fine*)
- c) En lo que respecta a otros *documentos de contabilidad*, resulta conveniente incorporar - en base a la actual redacción del artículo 300, inc.2 CP - la referencia a “los correspondientes informes, actos o memorias”, que pueden no ser considerados como documentación contable, no obstante ser fundamentales a los efectos de conocer e

⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Planeta, Buenos Aires, 2001, T.1

interpretar las decisiones y situaciones de contenido económico-mercantil del ente societario.

d) Es menester señalar que, para la hipótesis de la figura de informe falso, en el AP se prevé como destinatarios de la información a los *socios* y *accionistas*. Sin embargo, tal como se sostiene por la doctrina, los interesados en conocer esta información conforman un número indeterminado de personas, como ser quienes: celebran contratos - de diversa índole- con la persona jurídica, forman parte de la misma o eventualmente pueden tener vínculo con ella en el futuro. Por consiguiente, considero que el Delito de informe falso no debe circunscribirse únicamente a los socios, sino que debe extenderse a terceros contratantes (cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto).

e) Asimismo parece aconsejable, al tenor de las afectaciones individuales y supraindividuales que pueden generar las conductas que se procuran abarcar con los tipos analizados, que el monto de la pena se eleve en su monto mínimo y máximo (seis meses a cuatro años)

Desde esta perspectiva, en lo que respecta a la pena prevista para los supuestos contemplados en el inciso 3° (*emisión de acciones o cuotas de capital*) la misma debería incrementarse a cinco años de prisión.

Conforme lo expuesto, se propone una redacción de la figura de Balance o informe falso en los siguientes términos:

“1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que, estando facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir documentación o información acerca de su situación económica, la ocultare a sabiendas mediante:

*a) Publicación, **publicidad**, certificación o autorización de un inventario, un balance u otros documentos de contabilidad o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos.*

b) Información falsa u omisiva a la asamblea, a los accionistas, a los socios o a terceros contratantes”

§ V.- Observaciones sobre el tema Autorizaciones indebidas o Actos contrarios a la ley o a los estatutos – Adrián Tilve

El tipo penal de *autorizaciones indebidas* prevé la posibilidad de penalizar a los directivos de las sociedades que, dolosamente y con el riesgo de generar un perjuicio importante, violen las reglas que regulan la actividad de las personas colectivas. Reglas estas que surgen de la ley o bien del estatuto constitutivo del ente.

Se plantea además un agravante a la figura básica, cuando el acto perjudicial consista en la emisión de acciones o cuotas de capital.

I.1.- Artículo 165, incisos 2º y 3º, Libro II, Título VIII - *Delitos contra el orden económico y financiero*, Capítulo I - *Fraudes al comercio, a la industria y al consumo*

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 165.- Balance o informe falso y otras irregularidades:

1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que, estando facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir documentación o información acerca de su situación económica, la ocultare a sabiendas mediante:(...)

2. Igual pena se impondrá al director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad comercial o cooperativa que, a sabiendas, prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley mercantil o a los estatutos, de los cuales pudiere derivar algún perjuicio.

3. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena será de TRES (3) años de prisión.

Parte pertinente de la exposición de motivos del AP 2013

“Si bien es innegable el impacto de las conductas descriptas en los tres incisos en la confianza pública, necesaria para el normal desenvolvimiento de los negocios y de las relaciones comerciales, los principales afectados por estas conductas siempre serán aquellos a quienes está destinada la información societaria, los socios, la propia sociedad y los terceros, cuyo derecho a obtener una información completa y veraz de la situación jurídica y económica de la entidad comercial, resulta vulnerado.”

“Aunque las conductas descritas en el art. 165 hayan sido ubicadas en el Código vigente entre los delitos contra la fe pública, se ha reconocido la pluriofensividad de éstas, toda vez que vulneran las relaciones de confianza necesarias para el normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales.” (...)

“Si bien el uso de la expresión a sabiendas, en este como en otros tipos, ha sido criticada por la doctrina como redundante, puesto que no hay falsedad sin un conocimiento cierto, se propone mantenerla, al igual que en otros delitos, con el único objeto de evitar confusiones a los operadores del sistema penal, como también posibles deducciones erradas a partir de su supresión.”

“El inciso 2º, que proviene del vigente artículo 301º, resuelve la discusión doctrina acerca de qué personas jurídicas quedaban comprendidas, alcanzando sólo a las sociedades comerciales o cooperativas que rigen sus negocios por la ley comercial.”

I.3.- Correlaciones:

El artículo 301 CP vigente. Anteproyecto Resolución 303/04 MJ y DH y anexas; art. 202 (Actos contrarios a estatutos).

I.4.- Cuestiones – Observaciones.-

I.4.1.- Antecedentes normativos.-

Código Penal holandés de 1881: art. 347, Código Penal danés de 1930: art. 296, apartado 3º, Proyecto de Código de Comercio de 1887 de Lisandro Segovia, arts. 423 al 428 y proyecto de Código penal del mismo autor de 1895: art. 249.

I.4.2.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto.-

La figura de *autorizaciones indebidas* se ha mantenido en el Código Penal argentino desde el año 1921. Cabe referir al respecto que el antecedente más remoto de nuestro país, se remonta al derecho comercial. En este sentido, Lisandro Segovia, en su Proyecto de Código de Comercio de 1887, ya había propuesto sancionar las prácticas abusivas de los órganos sociales, describiendo concretamente cuáles eran esas conductas susceptibles de ser penalizadas.

Los autores del Proyecto de Código Penal de 1891, si bien recogieron la sugerencia de Segovia, al momento de elaborar el tipo penal *importaron* la fórmula utilizada por el Código Penal holandés de 1881.

Tiempo después, esa redacción fue retomada por los autores del Proyecto de CP de 1906 -que la reubicaron entre los delitos contra la fe pública- y también la

mantuvieron los redactores del Proyecto de CP de 1917 (fuente directa del Código Penal vigente).

En la década del '60, a resultas de una propuesta de Sebastián Soler, se reformó el artículo 301 del CP sustituyendo la figura lesiva por una de peligro concreto (al conformarse con la exigencia de que de tales actos “*pueda derivar algún perjuicio*”) extremo este que incidió en una sensible reducción del *quantum* de la pena. Además, con sustento en una norma similar del CP danés de 1930, se agregó la forma agravada que contemplaba sancionar la emisión indebida de acciones y distribución de dividendos. En el derecho comparado, no hemos encontrado figuras similares que tengan vigencia.

Por otro lado, corresponde expresar que esta figura, pese a encontrarse incorporada a nuestro derecho positivo desde hace casi un siglo, ha recibido poca atención por parte de la doctrina y registra baja o nula aplicación en casos judiciales. Tema este que constituye, de por sí, un objeto específico de análisis en relación con los elementos que estructuran el tipo, el concurso de delitos y las causas de la operatoria selectiva del sistema penal.

El análisis del actual tipo penal nos permite plantear los siguientes interrogantes: en primer lugar no está delimitado quien sería el sujeto pasivo de las conductas descriptas (es decir si los perjudicados son los socios, los acreedores, los trabajadores o el público en general). Tampoco es posible inferir con certeza si el contenido de dicho posible perjuicio es sólo económico o bien puede responder a una naturaleza social, política o moral. Pero sin lugar a dudas, el mayor problema que nos trae el texto reside en la amplitud descriptiva, ya que consagra una fórmula con un tipo legal excesivamente abierto, que no permite establecer, en definitiva, cual es la conducta incriminada. La carencia de un núcleo constituido por una descripción de conducta, hace necesaria la remisión a un vasto campo de normas extrapenales, poniendo en tensión el mandato de certeza contenido en el principio de legalidad.

También se han producido interrogantes en torno a si las personas jurídicas civiles se hallaban o no comprendidas dentro de la norma. Cabe asimismo referir que, en el plano operativo, las conductas atinentes a este delito en la mayoría de los casos aparecen abarcadas por otras previsiones normativas (como ser las correspondientes a administración fraudulenta y los delitos de quiebra) cuestión que le quita autonomía práctica.

En definitiva, una primera aproximación a este tipo legal sugiere su supresión ya que teniendo en cuenta que el derecho penal debe ser de *ultima ratio*, y su interpretación ha de ser lo más restrictiva posible, el legislador debe hacer todos los esfuerzos posibles para elaborar tipos penales precisos y en caso de no lograrlo, cabe eliminar las prohibiciones o mandatos que no respondan a ese parámetro.

Asimismo, observamos en los distintos procesos de reforma penal una renuncia a efectuar un correcto saneamiento genealógico de las normas penales lo que genera la persistencia de normas que sólo responden a un derecho penal histórico que ha dejado de tener vigencia por efecto de la dinámica cultural, las condiciones materiales o, peor aún, que nunca la tuvieron porque han sido sencillamente copias de leyes extranjeras.

Más allá de esta opinión, y frente al caso de insistir con la sanción de esta figura, observamos que en el Anteproyecto se ha producido cierto avance que, en algún punto, mejora parcialmente la técnica adoptada. En primer lugar se quita la fórmula de asimilación por analogía: “o de otra persona colectiva”, que junto con la reubicación sistemática proyectada para el art. 165, brinda claridad respecto de la exclusión de los entes no comerciales, tal como se refiere en la exposición de motivos.

Asimismo, se reduce el ámbito punitivo al especificar el carácter *mercantil* de la ley que debe transgredida el autor. Empero esto da lugar a nuevos interrogantes que entran en tensión con el mandato de certeza legal, ¿cuál es la ley mercantil?, ¿sólo aquella que está en el Código de Comercio o incluye a otras vinculadas al ámbito comercial?, ¿el directivo que libre un cheque sin fondos estaría además contraviniendo esta norma?

En definitiva, consideramos que eventualmente para sostener la figura de autorizaciones indebidas sería conveniente puntualizar –a modo de cláusula de reenvío– por ejemplo en la Ley de Sociedades Comerciales, cuáles son los actos contrarios a la ley o a los estatutos, cuya vulneración haría pasible de sanción a los órganos sociales. De esta manera el Código Penal podría remitirse a tales infracciones para conservar una estructura sintética y general y preservar el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución Nacional.

II.- Propuesta de reforma

Se propone eliminar del Anteproyecto el inciso 2 del artículo 165.

En caso que se mantenga el texto propuesto por el AP, se propone limitar la conducta prohibida sólo a los actos contrarios a los estatutos o bien, en caso de persistir la alusión a la *ley mercantil*, especificar el contenido de esta remisión.

§ VI.- Observaciones sobre el tema Desabastecimiento – Carlos Cruz

I.1.- Artículo 167, Libro II, Título VIII *Delitos contra el orden económico y financiero*, Capítulo I *Fraudes al comercio, a la industria y al consumo*.

I.2.- Texto del Anteproyecto

Artículo 167.- Desabastecimiento.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años o multa de treinta (30) a cien (100) días, el que con el fin de desabastecer o de provocar un alza inmoderada de precios en perjuicio de los consumidores, detrajere del mercado materias primas u otros productos o bienes de primera necesidad para la alimentación, la salud, el transporte, el servicio eléctrico, telefónico o de comunicaciones.

I.3.- Antecedentes: cabe referir entre otros: Anteproyecto Res. 303/04 MJ y DH y anexas: artículos 203 y 204; Ley 20.680/74: artículos 1, 4; Ley 16.454/64; Ley 12.830/46; Ley 12.591/39. Artículo 281 del Código Penal español (año 1995); Ley Robinson- Patman (año 1936 EEUU).⁶

I.4.- Cuestiones – Observaciones.

I.4.1.- Antecedentes en materia de precios y abastecimiento.- Al considerar los antecedentes normativos en esta materia podemos remitirnos a las previsiones del Digesto que, en forma específica, disponía: “Por la Ley Julia se establece una pena vinculada con el encarecimiento de víveres contra aquel que hiciese una sociedad o que procediese en forma tal que hiciera subir el precio de los víveres”. Contemplándose

⁶ Cfr. Baigún, David y Cruz, Carlos, *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007, p. 191 ss.

también, tanto en los estatutos corporativos medievales como en las Partidas, la posibilidad de aplicar sanciones a las coaliciones que impusieran precios (“posturas ponen los mercaderes entre sí, faziendo juras e cofradías...poniendo precio entre sí”).⁷

En esta misma orientación, las leyes francesas del 14 de junio de 1791 y del 26 de julio de 1793, fuentes del artículo 419 del Código de 1810, prohibían los acuerdos para fijar el precio de las mercancías e incriminaban los acaparamientos que impidieran la concurrencia y permitieran exagerar los precios, previéndose la pena de muerte para los casos en que se sustrajeren de la circulación mercancías o géneros de primer necesidad.⁸

Durante el siglo XIX, para organizar los procesos mercantiles se recurrió, en lo sustancial, a las normas del derecho civil y a las instituciones vinculadas al mismo (regulación de las sociedades por acciones, creación de un régimen de propiedad industrial), estructurándose un régimen de responsabilidad para los agentes económicos, que los hacía responder por sus comportamientos irregulares y los incumplimientos respecto de las obligaciones contractuales.⁹

En este contexto, se desarrolla un área normativa a la que podemos identificar como *Derecho penal económico de la modernidad* que procura resguardar bienes jurídicos supraindividuales y que contempla sancionar, más allá del incumplimiento de las reglas organizativas, a las conductas socialmente lesivas que afectan las relaciones de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En Alemania, la Ley de simplificación del Derecho penal económico (1949) efectuó la primera separación entre los delitos económicos y las infracciones.

El legislador español, por su parte, siguiendo la tendencia del Proyecto del año 1980 y del Proyecto alternativo alemán, incluyó en el Código penal de 1995, dentro del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, entre los “Delitos relativos al mercado y los consumidores” (Capítulo XI, Sección tercera), a los tipos penales sobre detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281). En este sentido y acorde lo establecido por el artículo 51 de la Constitución de España – que reconoce los intereses de los consumidores – el tipo del artículo 281

⁷ L.2, Dig. De lege Julia de annonae”, citado por Edgardo Rotman en su libro: *Los fraudes al comercio y la industria*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 37.

⁸ Cruz, Carlos, *Vigencia de las normas en materia de precios y abastecimiento – El Derecho a satisfacer necesidades básicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 503 ss.

⁹ Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1985, cfr. pp. 61 y 30.

del Código penal español de 1995 introdujo una novedad en la legislación de ese país, al establecer como presupuesto de pena la conducta de retirar de la oferta, o evitar que ingresen al mercado, materias primas o productos de primera necesidad. La misma disposición prevé como agravante, respecto del tipo básico, la detracción de las mercancías en situaciones de grave necesidad o de catástrofe (art. 281, apartado 2).¹⁰

En lo que respecta a las previsiones de la Ley 20.680 (de Precios y Abastecimiento, BO 25-6-74) – destacada entre los antecedentes nacionales del Anteproyecto y sucesora, entre otras disposiciones, de las leyes 12.591/39 y 12.830/46 – cabe señalar que la misma ha sido objeto de algunas reformas parciales por parte del Congreso de la Nación en el mes de septiembre de 2014)

II.1.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto.-

II.1.1.- Los comportamientos dirigidos a desabastecer el mercado de bienes o servicios necesarios para satisfacer necesidades humanas básicas y/o enderezados a incrementar en forma injustificada los precios, independientemente de generar ganancias abusivas – con las consiguientes afectaciones económicas individuales y colectivas – en distintas circunstancias históricas también se han llevado a cabo, y promovido, con el fin de generar situaciones de inestabilidad económica y político institucional.

II.1.2.- Respecto al artículo en análisis, entiendo que sería importante tener presente las siguientes cuestiones:

a) En vista de la índole y gravedad de las lesiones que producen los comportamientos abarcados por el precepto y la importancia de establecer un equilibrio racional en el sistema de penas (en vista a las consecuencias establecidas, entre otros casos, en los supuestos de los artículos 168, 169 y 178) se postula una pena máxima de seis (6) años de prisión y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa.

¹⁰ Cfr, Buján Pérez, Carlos Martínez, *Derecho Penal Económico - Parte Especial*, Tirant Lo Blanche, Valencia, 1999; Moreno y Bravo, Emilio, *De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en *Curso de Derecho penal económico* - Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998, p.291.

b) El tipo, incluye el elemento subjetivo: “con el fin de desabastecer¹¹ o de provocar un alza inmoderada¹² de precios en perjuicio de los consumidores, detrajere...”. De esta manera recoge el elemento *detraer* (restar, apartar, desviar, sustraer) que no abarca las conductas del verbo *acaparar* (adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a lo normal, previniendo su escasez o encarecimiento, obtener en todo o en gran parte un género de cosas, adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad suficiente para dar la ley al mercado¹³)

c) La previsión legal en la materia no comprende asimismo las acciones de *destruir* bienes o *restringir la prestación de servicios*.

d) Por otra parte, cabe recordar que la propuesta contenida en el artículo 204 del Proyecto dirigido por el Dr. David Baigún incluía las conductas vinculadas con *dificultar* o *desviar* la distribución de bienes, o con crear etapas artificiales de intermediación/comercialización. Mecanismos estos que se suele utilizar para generar, en forma artificiosa, aumentos de precios.

e) Sobre este aspecto, en línea con la legislación española, consideramos que la acción de desabastecer o bien provocar alzas de precios implica, de por sí, el generar perjuicios para los consumidores como asimismo para otros agentes económicos (situación esta que también merece ser considerada). Motivo por el cual la referencia a los “consumidores”, más allá de agregar otro elemento al momento de la subsunción, resulta sobreabundante, a menos que se lo considere como otro supuesto: “o de perjudicar a los consumidores...”

¹¹ *Desabastecer*, desproveer, dejar de surtir a una persona o pueblo de los productos necesarios o impedir que lleguen donde los esperan o necesitan.

Surtir, proveer a alguien de algo.

¹² *Inmoderado*, que no tiene moderación. *Moderar*, templar...evitar el exceso

¹³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, XXII edición – 2001.

En la Exposición de Motivos se consigna. “Artículo 167° Acaparamiento y desabastecimiento”, cfr. *Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Exposición de Motivos*, Infojus, Ciudad de Buenos Aires, 2014, p. 223.

f) En lo que respecta al objeto material, a los efectos de dotar de la mayor precisión posible a la descripción de la conducta prohibida y resguardar el principio de taxatividad, es importante procurar unificar los elementos que lo componen.

El texto, en este aspecto refiere, siguiendo al legislador español: “materias primas u otros productos o bienes de primera necesidad para...”.

Considero, en base a nuestra cultura en la materia, que podría utilizarse la fórmula: “mercaderías¹⁴, bienes o servicios¹⁵”.

g) El precepto, establece algunos supuestos como ser: productos o bienes de primera necesidad para la alimentación, la salud, el transporte, el servicio eléctrico, telefónico o de comunicaciones. Sobre este aspecto y en relación con la enumeración de la Ley 20.680, podemos señalar que mientras se incorporan servicios relacionados con: electricidad, telefonía y comunicaciones, se excluyen bienes y servicios relacionados con: vestimenta, vivienda, deporte, cultura, calefacción, refrigeración, esparcimiento. Enumeración esta que resulta innecesaria en mérito a que en todo supuesto se trata de conductas que tienen como finalidad producir desabastecimiento, perjudicar a los consumidores o provocar un alza de precios, lo que de por sí, constituye el aspecto lesivo del injusto.

III.- Propuesta de reforma

Se proponen los siguientes textos:

Artículo 167.- Desabastecimiento.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a **seis (6) años** y de treinta (30) a **trescientos sesenta (360) días de multa**, el que con el fin de desabastecer o **de perjudicar a los consumidores** o de **provocar un alza de precios** detrajere del mercado, **acaparare o destruyere mercaderías o bienes o restringiere la prestación de servicios.**

¹⁴ Mercadería; “con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio...”, art. 63, inc. e) del Anteproyecto, similar al actual artículo 78 CP.
Efecto: 4) artículo de comercio.

¹⁵ Bienes; cosas y objetos destinados a satisfacer necesidades. Servicios; prestaciones destinadas a satisfacer necesidades.
Código Civil Argentino: Artículo 2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Artículo 2312. Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio. Artículo 2313. Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo.

Artículo 167 bis.- Dificultar la distribución.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a seis (6) años y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa el que con el fin de desabastecer o de perjudicar a los consumidores o de provocar un alza de precios:

a) dificultare o alterare la distribución o comercialización de mercaderías, bienes o servicios o la desviare de una zona a otra.

b) creare o utilizare etapas o procesos innecesarios de distribución o comercialización de mercaderías, bienes o servicios.

§ VII.- Observaciones sobre el tema Defensa de la Competencia / Monopolios – Carlos Cruz

I.1.- Artículo 168, Libro II, Título VIII *Delitos contra el orden económico y financiero*, Capítulo II *Delitos contra la competencia*

I.2.- Texto del Anteproyecto

Artículo 168°.-Distorsión de la competencia.- 1. Será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa, el que abusando de una posición de dominio, o mediante acciones concertadas entre competidores, impidiere o distorsionare la competencia en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, con acciones dirigidas a:

a) Fijar precios de bienes o servicios.

b) Restringir la oferta o la demanda de bienes o servicios.

c) Repartir mercados o áreas de suministro o de aprovisionamiento de bienes o servicios.

d) Imponer condiciones diferenciales no habituales para la enajenación de bienes o la prestación de servicios.

2. Las mismas penas se impondrán al que concertare o coordinare posturas en licitaciones o concursos.

I.3.- Antecedentes: cabe referir, entre otros, los siguientes antecedentes: Constitución de la Nación Argentina: artículo 42; Anteproyecto Res. 303/04 MJ y DH y anexas: artículo 205; Ley 25.156/99: artículos 1, 2, 3, 4, 5; Ley 12.906/46; Ley 11.210/1923. Sherman Act (EEUU, 1890); Clayton Act (EEUU, 1914); Federal Trade Commission Act (EEUU, 1914); Robinson-Patman Act (EEUU, 1936); Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957; artículos 85 y 86; Primera ley contra la criminalidad económica, Alemania, 1976; Resolución 35/63 de las Naciones Unidas del 5 de diciembre de 1980; Recomendaciones AIDP – XIII Congreso Internacional, El Cairo, 1984; Decreto ley 28, Portugal, 1984; Disposición 230 del Pacto Andino, diciembre de 1987; Código Penal de Francia, 1994, Código Penal de España, 1995.

I.4.- Cuestiones – Observaciones.-

I.4.1.- Antecedentes en materia de monopolios – Defensa de la competencia.

I.4.1.1.- Antecedentes históricos sobre la materia.- Las normas en materia de control de prácticas monopólicas registran, en occidente, una larga tradición que se remonta a la antigüedad.

Así, entre los hitos de este devenir podemos referir el texto dictado por el emperador Zenón (año 484 d.C.) donde codificó sobre algunas de las conductas prohibidas -expuestas en *De monopoliiis et conventu negotiatorum illicito*-. Conductas estas que pasaron a integrar algunas descripciones de la moderna legislación en materia de monopolio al establecer: “Mandamos, que nadie se atreva a ejercer el monopolio de cualquier vestido, ó del pescado...o de otra cualquier especie perteneciente al sustento, ó a un uso cualquiera, ó de cualquier materia, (...) y que nadie se conjure o pacte, habiendo celebrado reuniones ilícitas, para que las especies de los diversos objetos de negociación no se vendan por menos de lo que entre sí hubieren establecido...Mandamos, además, que si los principales de las demás profesiones se hubieren atrevido, congregándose de este modo, a obligarse con pactos en lo sucesivo, o para tasar los precios de las cosas, o sobre cualesquiera convenciones ilícitas, sean castigados”.¹⁶

¹⁶ “De los monopolios y de las reuniones ilícitas de los negociantes, o de las convenciones prohibidas é ilícitas de los artífices, de los empresarios de obras y de los bañeros. Trocando [483]”. Justiniano, *Código*, T. IV, Libro IV, Título LIX, pp. 530/531.

Durante la etapa de la pre-Revolución Industrial, el monarca inglés debió aceptar, hacia el año 1621, que se llevara adelante un juicio político (*impeachment*) contra funcionarios acusados del ejercicio de actividades monopolísticas y de actos de corrupción, como era el caso de quienes habían lucrado con las artimañas de la compañía *burbuja* South Sea o de Francis Bacon (férreo opositor a que la Cámara de los Comunes dictara una ley prohibiendo los monopolios). En este marco, se llevó a cabo la aguda controversia en torno al denominado *Caso de los Monopolios*, en el que se analizaron los perjuicios que las prácticas monopolísticas generaban para el pueblo y su incidencia en lo atinente al bienestar común de los ciudadanos.¹⁷

Los revolucionarios franceses, por su parte, se plantearon, entre los objetivos prioritarios del movimiento, suprimir el poder de los gremios y de las coaliciones patronales. Asimismo, el hambre y la situación de miseria padecidas por la población – agravadas por las especulaciones monopolísticas y el desabastecimiento de alimentos desplegadas por grupos de comerciantes – condujeron a que también se dictaran normas destinadas a tratar de poner término a este tipo de ajetreos especulativos. La ley del 26 de julio de 1793, “castigó con la pena de muerte el acaparamiento y se declaró culpables de este delito «a los que sustrajesen de la circulación mercancías o géneros de primera necesidad que hubieran comprado y hubieren encerrado en cualquier sitio, sin ponerlos en venta diaria y públicamente»”.¹⁸

Anselm v. Feuerbach en su *Tratado* (primera edición del año 1801) – que expresa el estado del derecho penal alemán anterior a la codificación – contempla en el Libro Segundo (Parte Positiva o Especial del Derecho Penal) distintas conductas que afectan la actividad económica. Así, en esta obra se distingue: el *crimen monetario* (Primera parte, Título I, Capítulo II, Primera Sección); la *adulteración de mercaderías* (Segunda parte, Título II, Capítulo II, Segunda Sección); la *usura* (Tercera parte, Título II, Capítulo I) y el *acaparamiento* (Tercera parte, Título II, Capítulo II). Dentro de este

¹⁷ Desde que un tribunal sentenció, en el famoso Pleito de los Monopolios, que la concesión del privilegio exclusivo para la producción de un artículo iba “contra el derecho común y la libertad del ciudadano”, la exigencia de leyes iguales para todos los individuos se convirtió en el arma principal del Parlamento frente a los deseos reales. Los ingleses aprendieron entonces, mejor de lo que lo han hecho hoy, que el control de la producción significa siempre la creación de privilegios; que entraña la concesión a Pedro de un permiso que se le niega a Juan. Cfr. Hayek, Friedrich A., *En defensa del neoliberalismo*, p. 5.

¹⁸ Groizard y Gomez de la Serna, Alejandro, *El Código penal de 1870 –concordado y comentado–*, ob. cit., p.389, T. VII.

último capítulo se distinguen tres supuestos: 1) el *acaparamiento* con intención de lucro (al que denomina *crimen fraudatae annonae* -cuando la acción tiene por objeto alimentos-); 2) las especulaciones que anulan la competencia libre y permiten fijar arbitrariamente los precios de las propias mercaderías (*monopolio arbitrario*) y 3) las distintas conductas (destrucción de mercaderías, acumulación de productos, uso de medidas falsas) que pueden llegar a producir *desabastecimiento*. Respecto a las formas en que puede cometerse el *crimen de acaparamiento*, se establece que él puede tener lugar en dos situaciones: por un lado, cuando se llevan a cabo especulaciones que tengan por objeto anular la competencia libre entre vendedores o entre vendedores y compradores – de forma de obtener el poder necesario para fijar el precio deseado a sus propias mercaderías (monopolio arbitrario) – y por el otro, cuando se impide el abastecimiento de cualquier otro modo, ya sea mediante la destrucción de provisiones o la acumulación de productos a la espera que los mismos aumenten sus precios.¹⁹

El Código de Napoleón, en su artículo 419 penalizó los comportamientos que hicieran subir o bajar los precios de las mercancías en forma contraria a lo que hubiera determinado la *natural y libre concurrencia del comercio* (*la concurrence naturelle et libre du commerce*).

En lo que respecta a la legislación de España, los artículos 462 y 463 del Código de 1850 – concordantes, entre otros; con el referido artículo 419 del Código penal francés de 1810, con el artículo 416 del Código español de 1822, con el artículo 311 del Código de Bélgica²⁰ y el artículo 334 del Código de los Países Bajos – contemplaban las *maquinaciones* tendientes a alterar el precio de las mercancías. Estas maquinaciones eran pasibles de pena privativa de libertad, y se imponía, además, el comiso de los géneros que fueran objeto del fraude en los casos en que se tratara de comportamientos que recaían sobre bienes (*objetos*) de primera necesidad. El segundo párrafo del artículo 463 preveía por lo demás, en forma expresa, que para la imposición de pena bastaría con que “la coaligación haya comenzado a ejecutarse”.

I.4.1.2.- Crisis del modelo.- Concentración.- Monopolios.- Los teóricos de la Escuela clásica en economía no ignoraban la factibilidad de que algunas empresas

¹⁹ Capítulo II - Del acaparamiento. De los juegos de azar y de las apuestas.

Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, ob. cit. pp. 284/285.

arribaran a una posición de monopolio que les permitiese concentrar la oferta de mercancías y fijar unilateralmente los precios. Así, Adam Smith reconocía la vocación de los hombres de negocios para generarse situaciones de privilegio o preeminencia, pero entendía que sin el apoyo del Estado, quienes procuraban aquellos beneficios no tenían ningún poder. David Ricardo también contemplaba expresamente esta posibilidad pero, a su vez, pensaba que estas situaciones revestían un carácter excepcional, que no afectaba el funcionamiento del mercado en su conjunto, cuya operatoria se sustentaba en definitiva en la plena concurrencia de los productores.

A mediados del siglo XIX, el desenvolvimiento de las fuerzas productivas evidenció la existencia de contradicciones entre los principios teóricos, que sustentaban el modelo clásico de la llamada “economía de mercado” y los efectos reales en el plano socioeconómico.

En ese momento histórico se va haciendo ostensible, en Inglaterra y en los países que participaban de la etapa de *industrialización colonial*, que se estaba generando un movimiento de acumulación, concentración y centralización de capitales que llevaba a la constitución de monopolios y oligopolios. Mecanismo de combinación, este último, que pasaría a constituirse en una forma operativa aceptada, intermedia entre la competencia pura y el monopolio. Mientras tanto, el aumento de la fuerza de trabajo en torno a las fábricas situadas en las grandes ciudades, acentuaba la participación de los asalariados como fuerza social a la vez que inducía a expandir los mecanismos represivos y de control social.

I.4.1.3.- Conflictividad social.- Intervención del Estado.- El proceso de concentración-centralización de capitales resultado de la revolución Industrial , las alteraciones en la interrelación entre oferta – demanda y las injustas condiciones de trabajo condujeron, entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX, a distintas crisis del sistema económico.

Con la finalidad de atenuar los niveles de conflictividad y reestablecer el funcionamiento del mercado se gestaron diversas propuestas para descomprimir la situación de los asalariados y reencausar la operatoria del sistema económico.

En el plano jurídico se trató de acotar algunas de las políticas disciplinarias y de criminalización de las reivindicaciones obreras, introduciéndose modificaciones

sobre la legislación represiva que prohibía²¹ las asociaciones constituidas con el objeto de realizar actos de huelga o penalizaba a quienes “se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones”, tal como estaba previsto en el Código Penal español de 1870 (art. 556) o en las leyes inglesas de 1824 y 1825 (*Combination Acts*).

De esta manera, hacia fines del siglo XIX, a modo de concesión por parte de los sectores sociales dominantes hacia los reclamos de los trabajadores, se sancionaron normas como la *Ley industrial alemana* (21/6/1869) y la legislación inglesa sobre *Trade unions* (29/6/1871), que abolían la penalización de los acuerdos o asociaciones obreras, creadas con el objeto de obtener mejores salarios o condiciones laborales.

En forma contemporánea a esta legislación del trabajo, también se generó en el seno de las economías capitalistas, tal como ha señalado el premio Nobel Paul Samuelson²², un pronunciado proceso de intervención del Estado en la actividad productiva y financiera.²³

Esta nueva etapa va a estar caracterizada por incluir regulaciones en materia de servicios públicos, por la adopción de medidas proteccionistas de la industria norteamericana frente a la producción europea (año 1861), la promoción de reformas tendientes a mejorar la situación social (Bismarck, Alemania, 1884/1887), el dictado de normas sobre control de prácticas monopólicas (EE.UU., Ley Sherman, 1890), la adopción de medidas de emergencia tanto durante las guerras como asimismo para afrontar la crisis de 1929 y el desarrollo de políticas propias del llamado *Estado de bienestar* (promoción del empleo, redistribución del ingreso nacional a través de impuestos, inversiones en obra pública, etc.).²⁴

En 1923, en medio de un agudo proceso inflacionario de dicta en Alemania la *Ordenanza contra el abuso de posiciones de poder económico*. Una vez finalizada la guerra, este país sancionó la *Ley para una nueva simplificación del derecho penal económico* (9 de julio de 1954) a la vez que se continuaron los trabajos doctrinarios

²¹ Pavarini, Massimo, *Control y Dominación*, Ed. Siglo XXI Editores, México D.F., 1988, p. 42.

²² Premio Nobel de Economía, año 1970.

²³ Samuelson, Paul A, “Curso de economía moderna”, Aguilar, Madrid, 1976, p. 879 y siguientes.-

²⁴ Cruz, Carlos, *Protección jurídico penal de la competencia*, en *Delitos económicos en la esfera del Mercosur*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 157 ss.

que habrían de culminar en la *Ia. ley contra la criminalidad económica* (1976) que proyectaría su influencia sobre distintos ordenamientos jurídicos.

I.4.1.4.- Concentración económica. Posición de dominio.- El *orden económico* (que abarca el *orden financiero*) y los procesos que lo integran (producción, distribución y consumo de bienes y servicios) debe ser analizado teniendo en cuenta cuatro aspectos: a) que el *orden económico* – relacionado con el principio de organización – no es un categoría abstracta sino que, por el contrario, tiene un carácter histórico-material que se corresponde con determinadas circunstancias de tiempo y espacio, b) que al momento de abordar el tema, es necesario especificar cual es el *modo de producción* y las pautas culturales del *bloque hegemónico* en cuyo marco se analiza un *orden económico* determinado, c) cuales son las operaciones de distribución y las formas de apropiación y uso de las condiciones de producción y del producto social y d) el nivel de concentración de la actividad económica.²⁵

Desde esta mirada, al analizar el modo de producción capitalista y los criterios de organización de la actividad económica dentro del mismo cabe distinguir tres modelos: a) el *modelo del estado de bienestar*, que promueve la intervención del estado en la actividad económica a los efectos de impulsar determinadas políticas públicas; b) el *modelo de economía de mercado*, que postula la autorregulación a través de la libre operatoria de los agentes económicos y c) el *modelo corporativo*, propio del fascismo, que preserva la propiedad privada a la vez que establece mecanismos de control social y dirección estatal de la economía.

En atención al funcionamiento de estos modelos y, en especial, a los resultados que se verifican como consecuencia de la ejecución de políticas neoliberales, es necesario destacar por un lado: que la mayor parte de los comportamientos lesivos en este campo (*criminalidad silente*) se llevan a cabo a través del actuar para una empresa y, por el otro: que como corolario de distintas formas operativas (monopólicas u oligopólicas) una de las principales distorsiones que se generan sobre el sistema productivo y de relaciones sociales, se expresa en la concentración de la actividad económica, lo que ha puesto en evidencia que el modelo teórico de *competencia* enunciado por Adam Smith devino, en la realidad material desde fines del siglo XIX, en un proceso monopólico de acumulación y centralización de capitales.

²⁵ Cruz, Carlos, *Sobre el estudio de los delitos económicos*, ponencia en el Congreso de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA, 2013.

I.4.1.5.- Estadísticas sobre concentración de la actividad económica.

Dimensión del problema.

En el sentido expuesto, creo que algunos indicadores estadísticos nos serán de suma utilidad a los efectos de dar dimensión al problema de la concentración económica, de las posiciones de dominio (monopólicas u oligopólicas) y quizás, también, para comprender la razón de los esfuerzos desplegados por algunos sectores interesados en contener la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas en términos de eficacia y efectividad y más allá de formulaciones simbólicas.

Así, podemos señalar a manera de ejemplo:

147 Grupos económicos controlan la economía mundial.

Un estudio de la Escuela Politécnica Federal de Zurich, bajo el título *The network of global corporate control*, refleja el alto grado de concentración de la economía internacional en que un grupo de 147 compañías mayor parte de las cuales opera en la actividad financiera controla el 40% de los ingresos de las corporaciones transnacionales, a través de una red de relaciones de propiedad (directa o indirecta) que se extiende por distintos países y que tiene la posibilidad de imponer su *posición de poder* por medio de diversos mecanismos institucionales o bien a través de meros contactos informales. La investigación llega a establecer, en base a un conjunto de 43.060 empresas transnacionales interconectadas, que un núcleo de 147 empresas (muchas de ellas entidades financieras Norteamericanas y del Reino Unido) controlan un 40% de los ingresos mundiales.

Delitos empresariales

Por otra parte, y como complemento de lo anteriormente expuesto, es útil referir que la Fiscalía General de España, a través de la Circular número 1/2011, refiere un estudio del Instituto Max-Planck de Alemania en el que se puso de relieve que “ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho penal económico, se cometían a través de empresas”.

Situación en la República Argentina

En el caso de nuestro país, la estructura productiva se ha caracterizado, desde hace muchas décadas, por conformar una economía concentrada, con fuerte presencia de capitales extranjeros especulativos y firmas transnacionales, situación esta que se ha procurado controlar y revertir, a través de distintas políticas públicas, durante los último

años. Así, al considerar la titularidad del capital mayoritario de las 500 empresas líderes que operan en la República Argentina, podemos señalar que un conjunto de 292 empresas (58,5 por ciento del total) son compañías que están bajo el control de inversores externos.

I.4.1.7.- Abordaje integrador

La necesidad de realizar un examen integrador de los Delitos económicos nos permite por lo pronto, exponer algunas claves, que inciden sobre los abordajes de política criminal y dogmático en la materia. En primer término, consideramos, conforme lo expuesto, que para poder comprender el fenómeno de la delincuencia económica es necesario recurrir a distintos instrumentos de análisis, entre los que se encuentran: las técnicas de gestión contable y financiera (de los negocios) y la economía; ya que es, precisamente, la ciencia económica la que nos permitirá— más allá de aproximaciones idealistas o los temas de agenda instalados por organismos multilaterales o la academia orgánica — conocer las reglas que rigen el funcionamiento de la economía en determinado momento y sistema productivo (sustrato material).

En este sentido, pensamos que el origen de los comportamientos que afectan la actividad crematística o el orden económico, en especial en lo que respecta a las prácticas monopólicas u oligopólicas (abuso de posición de dominio), no pueden explicarse solo en función del status socio-económico o profesional del autor (*criminalidad de cuello blanco*), el aprendizaje de maniobras consideradas como ilícitas o la prevalencia de opiniones favorables a la violación de la ley. En efecto, para aproximarnos a la raíz del problema, en relación con comportamientos desarrollados en el seno de corporaciones, resulta imprescindible conocer además la lógica interna de estas organizaciones dentro del modo de producción; es decir: conocer la lógica de acumulación y centralización de capital, como asimismo los criterios de adopción de decisiones y directivas que se desarrolla en empresas o grupos corporativos que ostentan posiciones de dominio en el mercado nacional e internacional.

I.4.2.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto.-

I.4.2.1.- Las posiciones de dominio en el mercado y el abuso de las mismas conducen eliminar o dificultar la actividad competitiva de otros productores y oferentes de bienes y servicios a la vez que alteran los mecanismos de comercialización y/o

fijación de precios en perjuicio de los consumidores y el aparato productivo en su conjunto.

I.4.2.2.- Respecto al tipo en análisis, entiendo que sería importante tener presente las siguientes cuestiones:

a) Atento la índole y gravedad de las lesiones que producen los comportamientos abarcados por el precepto y la importancia de establecer un equilibrio racional en el sistema de penas (en vista a las consecuencias establecidas, entre otros casos, en los supuestos de los artículos 168, 169 y 178) se postula una pena máxima de seis (6) años de prisión y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa.

b) Es aconsejable, a los efectos de resguardar la precisión terminológica, que el Artículo 63. Definiciones del Anteproyecto preserve dos situaciones: a) mantenga, como en el artículo 168 la expresión *posición de dominio*, en lugar de *posición dominante* y b) que sustituya el elemento *producto* por *bien* (que es el vocablo utilizado en la redacción del tipo)

c) Es conveniente mantener la descripción: *o mediante acuerdos con otras personas o empresas*, que se encontraba previsto en el artículo 205 del proyecto de reforma dirigido por el Dr. Baigún, toda vez que permite abarcar los supuestos como el de una persona que sin abusar de posición de dominio, o realizar acción concertada con competidores, acuerda con otras personas o empresas (por ejemplo distribuidores o comercializadores) los precios de bienes o servicios o reparte mercados en detrimento de la competencia.

d) El elemento: *de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general*, ha generado críticas respecto a varias cuestiones, entre las que podemos reasaltar: a) la extensión y laxitud de la descripción que, en resguardo del principio de legalidad, ha operado como una de las *cláusulas de fuga* del sistema de la Ley a los efectos de volverla inoperante y b) que esta previsión resulta innecesaria atento la clara descripción de las conductas prohibidas por la norma y la distorsión de la competencia que se genera a través de las acciones que la misma norma especifica

e) Entiendo que es importante incorporar el elemento *producción*, dentro del inciso b) ya que permite abarcar las acciones que no sólo afecten la oferta o demanda (etapas de distribución/comercialización) sino también a la actividad originaria de esos procesos: la productiva.

- f) Las prácticas de condicionar la venta de un bien o servicio a otro, que no interesa al comprador, o bien se le impone (como en el caso en que para vender un bien mueble con financiamiento se condiciona la operación a tomar el seguro en una empresa escogida por el vendedor) constituye un mecanismo clásico de abuso de posición de dominio, razón por la cual se postula la incorporación del inciso e);
- g) Los comportamientos de vender por debajo del costo de producción, por parte de entidades que disponen de mayor respaldo financiero y que pueden por lo tanto competir bajando sus precios ante otros productores que tienen menor disponibilidad financiera - lo que lleva a que estos últimos tengan que quebrar o salir del mercado- es también una práctica abusiva de efectos perjudiciales para la debida competencia, por lo que se propone incorporar el inciso f)

II.- Propuesta de reforma.

Se propone el siguiente texto:

Artículo 168°. Distorsión de la competencia.- 1. Será penado con prisión de seis (6) meses **a seis (6) años** y de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días de multa, el que abusando de una posición de dominio, o mediante acciones concertadas entre competidores, **o mediante acuerdos con otras personas o empresas** impidiere o distorsionare la competencia en un **mercado, con** acciones dirigidas a:

- a) Fijar precios de bienes o servicios.
- b) Restringir **la producción**, la oferta o la demanda de bienes o servicios
- c) Repartir mercados o áreas de suministro o de aprovisionamiento de bienes o servicios.
- d) Imponer condiciones diferenciales no habituales para la enajenación de bienes o la prestación de servicios.
- e) **Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;**
- f) **Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales, con el fin de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios.**

2. Las mismas penas se impondrán al que concertare o coordinare posturas en licitaciones o concursos.

§ VIII.- Observaciones sobre el tipo de suministro o uso de información privilegiada – Mariana Sastre

I.1.- Artículo 174.- El presente análisis se relaciona con el tipo penal de suministro o uso de información privilegiada, incluido en el artículo 174 del Título VIII, Delitos contra el Orden Económico y Financiero, en su Capítulo VI, correspondiente a los Delitos contra los mercados financieros, del Anteproyecto de Código Penal - Decreto 678/12 P.E.N.

I.2.- Texto del Anteproyecto.-

Artículo 174.- *“1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, quien por su trabajo, profesión o función, tuviere acceso a información privilegiada y la suministrare o utilizare por sí o por persona interpuesta para lucrar o perjudicar en la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.*

2. La misma pena se aplicará al tercero a quien se hubiere suministrado la información privilegiada y la hubiere utilizado con los fines señalados en el inciso anterior.”

I.2.- Antecedentes. Observaciones.-

La figura en estudio si bien ha sido incorporada por la ley 26.733 (publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2011) cuenta con diversos antecedentes en materia de proyectos legislativos. En este sentido podemos referir el Anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado en el 2006 y el Proyecto presentado en el año 2008 por el Diputado Nacional Gerónimo Vargas Aignase.

Así, el proyecto de reforma al Código Penal del 2006, propició la incorporación de la figura mencionada en el artículo 201, apartado e) del Capítulo correspondiente a los Fraudes al comercio y a la industria.

El Decreto 677/01, por su parte, estableció el deber de guardar reserva por parte

de aquellas personas que intervienen en entidades autorizadas a la oferta pública de valores y en general cualquier persona que, en razón de su cargo o actividad, tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente que, por su importancia, sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables de la oferta pública, imponiendo el deber de abstenerse de negociar con dicha información hasta tanto la misma adquiera carácter público.²⁶

En la actualidad, el ilícito se encuentra contemplado en los artículos 307 y 308 del Código Penal, bajo la denominación de *abuso de información privilegiada (insider trading)* a raíz de la sanción de la Ley 26.733/11²⁷.

El artículo 307 establece:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.”

Asimismo, el artículo 308, prevé las causales de agravación de la pena del delito de abuso de información privilegiada conforme la siguiente redacción:

“Art. 308 – El mínimo de la pena prevista en el artículo se elevará a dos años de prisión y el máximo a seis años de prisión cuando:

a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;

b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se levantara a ocho años de prisión cuando:

c) *El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;*

d) *El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación,*

26 Dt. 677/07 (CNV).

27 Ley 26.733, art. 3, B.O. 28/12/11. Artículo 306 reenumerado como artículo 307 por la ley 26.734, art. 4, B.O. 28/12/11.

matrícula, o un funcionario público. En estos casos se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho años.”

El resguardo de la información privilegiada tiene por objeto proteger el orden económico y financiero del país mediante el cuidado del producido de los intereses de los títulos públicos, al igual que a los ahorristas, en consideración a los avances del sistema societario y de mercado en virtud de la incorporación de nuevos participantes en tales roles.²⁸

La norma que se analiza reviste interés para el funcionamiento del mercado y la transparencia e igualdad de las relaciones comerciales que allí se entablan.

A la luz de las diferencias existentes entre el texto vigente y el propuesto por el Anteproyecto (Decreto 678/12) surgen algunas *observaciones concretas*.

La principal radica en el concepto de *información privilegiada* que nos brinda el artículo 77 CP²⁹ al adoptar la definición establecida en el art. 2 del Decreto 677/01 (CNV) coincidente con las especificaciones contenidas en la Ley de Mercado de Capitales. Lo que define con mayor claridad el elemento *información* y su característica de *privilegiada*.³⁰

La redacción que nos propone el Anteproyecto, resulta ser más sintética, eliminando sujetos activos y suprimiendo, a su vez, diferentes elementos hoy presentes en la figura agravada tales: como *manera habitual, obtención de un beneficio o evitar un perjuicio económico*. Se elimina también el resultado *grave perjuicio en el mercado de valores* y se mantiene la posibilidad de persona interpuesta como posible sujeto activo y la vez que se pena al tercero que suministre o use la información. No se contempla figura agravada. Sobre este aspecto, podría ser de utilidad la presencia de circunstancia agravante respecto a la calidad del autor, dado que el texto del anteproyecto elimina la agravante de funcionario público. Otra mención que puede hacerse es que en la delimitación efectuada de los sujetos activos en el nuevo texto, se

28 Conf. Mensaje 1644 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 13 de octubre de 2011.

²⁹ El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

³⁰ Ley 26.831 “Toda información concreta que se refiera a uno o varios valores negociables, o a uno o varios emisores de valores negociables, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiese influido en de manera sustancial sobre las condiciones o el precio de colocación o el curso de negociación de tales valores negociables.”

excluye a las sociedades calificadoras de riesgo, cuya reincorporación en el tipo proponemos, máxime teniendo presente su rol en el mercado y en la circulación de información.

Respecto de la escala punitiva, el tipo propuesto mantiene la redacción actual de la figura básica con la modificación del sistema de multa contabilizada por días.

I.3.- Propuesta de reforma.- Se propone el siguiente texto:

“ 1. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, multa de noventa a trescientos sesenta días e inhabilitación hasta cinco años quien por su trabajo, profesión o función tuviere acceso a información privilegiada y la suministrare o utilizare por sí o por persona interpuesta para lucrar o perjudicar en la negociación, cotización, compra venta o liquidación de valores negociables.

2.- La misma pena se aplicará al tercero a quien se hubiere suministrado la información privilegiada y la hubiere utilizado con los fines señalados en el inciso anterior.

3. El máximo de la pena de prisión se elevará a seis años cuando el delito fuere cometido por miembros de una entidad autorregulada o de una sociedad calificadora de riesgo o un funcionario público en cuyo caso se impondrá inhabilitación especial de hasta ocho años”.

§ IX.- Observaciones sobre el tema Manipulación del Mercado y Oferta engañosa (agiotaje financiero) – Gustavo Russo

1.1. Artículo 175. a) , Título VIII. Delitos contra el Orden Económico y Financiero, Capítulo VI - Delitos contra los Mercados Financieros

1.2. Texto del Anteproyecto

Artículo 175 a): “Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que: a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones

fingidas o reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, para producir la apariencia de mayor liquidez o para negociarla a un determinado precio”.

2. Observaciones y Aporte al Anteproyecto

Conforme la redacción de la figura, las transacciones u operaciones, realizadas mediante noticias falsas, negociaciones fingidas o reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, que hagan subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, no bastan para que se verifique el ilícito, sino que a este efecto se establece otro requisito: que la acción se haya llevado a cabo con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o para negociar la especie a un determinado precio.

Cabe asimismo destacar que , inmediatamente después de referirse a la apariencia de mayor liquidez, la norma afirma “*o de negociarla a un precio determinado*”. En este punto ya se hace patente una evidente dificultad en la interpretación de la norma. A que se refiere el artículo cuando dice “*o de negociarla a un precio determinado*”? Una interpretación posible es que se refiera a *la especie* (los valores negociables). Sin embargo, Guillermo Orce afirma al respecto, que la única posibilidad de aplicar el acusativo *la* es respecto de *la liquidez*, lo cual no parece tener sentido. Sin embargo -concede- el razonamiento, aún más simple, parece indicar que la *negociación* se refiere a los *valores negociables* o a los *instrumentos financieros*, con lo cual, para devolverle algún sentido a la norma, será necesario apartarse expresamente de la letra de la ley. En definitiva, todo parece indicar que la negociación a un precio determinado, es respecto de los valores negociables u otros instrumentos financieros. Resulta acertado por otro lado la incorporación del elemento *mantener* respecto del precio de los valores negociables u otros instrumentos financieros. Elemento este que encuentra su antecedente en el art. 325 del Proyecto de reforma del Código Penal de Ricardo Levene (h) y que nos lleva a interrogarnos respecto al motivo que condujo a no incorporar la acción de *mantener el precio de las mercaderías*, en el primer inciso del art. 300 del mismo modo que se hizo en el art. 309 respecto de los valores negociables y otros instrumentos financieros.

3. Propuesta de Reforma:

Se propone la siguiente redacción del tipo relativo al agiotaje mercantil –actualmente contenido en el art. 309 del CPN – y descrito en el art. 175 a). del Anteproyecto:

“Será reprimido con prisión de uno a seis años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación especial de cinco a diez años para actuar en el sistema financiero, el que hiciere subir, mantener o bajar el precio valores negociables u otros instrumentos

financieros valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas o reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie o mediante cualquier otro ardid o engaño.

**§ X.- Observaciones sobre el tema Manipulación del mercado y oferta engañosa -
Bibiana Birriel**

I.1.-Artículo 175, apartado b. Libro Segundo, Título VIII –Delitos contra el orden económico y financiero - Capítulo VI – Delitos contra los mercados financieros –.

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 175. “*Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que: ... b) Ofreciere valores negociables u otros instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas, para producir la apariencia de mayor liquidez o para negociarla a un determinado precio*”.

Texto del Código Penal Vigente (incorporado por el art. 5° de la Ley N° 26.733 /2011; Artículo 308 renumerado como artículo 309 CP por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012): Artículo 309: “1.- *Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que: ... b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.*”

Texto del Anteproyecto del año 2006: Art. 201, “*Será reprimido con prisión de un mes a seis años: ... b) El que ofreciere fondos públicos o acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.*”.

I.-3.- Antecedentes normativos

La norma penal en estudio encuentra su origen en el Código Penal Holandés del año 1881³¹ y el primer antecedente nacional, que data del año 1891, se registra en el *Proyecto Piñero-Rivarola-Matienco*.

Cabe referir que el tipo fue incorporado en el Código Penal argentino de 1921 y permaneció incólume hasta fines del año 2011 – en que lo inserta la Ley 26.733 – sin que se considerará su exclusión a lo largo de casi cien años.

Así, el Proyecto Coll-Gómez del año 1941 - que no tuvo tratamiento legislativo debido a la disolución del Congreso Nacional en el año 1943 - incluyó este tipo en su propuesta sin modificar la descripción de la conducta, si bien impulsó un cambio en la escala punitiva (elevando su máximo de dos a tres años). Luego, se sucedieron el Proyecto del año 1951, que pasó a la historia como *Proyecto de Benedetti*; el Proyecto de 1953 –donde se propuso una escala punitiva de seis meses a tres años –; el Proyecto Soler y el Proyecto del año 1979; todos lo cuales mantuvieron la redacción original del tipo. Por otra parte, de la lectura de los debates parlamentarios se advierte que, a lo largo de los mismos, no se generaron discusiones en torno a esta previsión penal.

El Anteproyecto de Reforma al Código Penal del año 2006 (Res. 303/04 MJ y DH y anexas) insertó el tipo de oferta engañosa en el artículo 201 – Título VII, Delitos contra la propiedad y el orden económico, Capítulo XV, De los fraudes al comercio y la industria – sin alterar la redacción del tipo del artículo 300, inc. 2) ³². Norma esta que se mantuvo entonces hasta la sanción de la referida Ley 26.733 (que incorporó el texto del actual artículo 309, 1, b) del CP)

II.- Propuesta de reforma del texto.

Este tipo adopta una modalidad específica de fraude, cuyo tipo objetivo está integrado por varios elementos normativos y descriptivos que pueden llegar a dificultar la tarea de subsunción. Situación ésta, que generará dificultades a los efectos de aplicar

³¹Su texto establecía: “Al que encargándose de colocar acciones de un Estado, Provincia, Municipio o establecimiento público, o de acciones u obligaciones de una asociación, fundación o sociedad, aconseje al público que las suscriba o tome participación en ellas, sea ocultando o falseando con intención hechos o circunstancias verdaderas, o bien engañándole intencionalmente con hechos o circunstancias falsas”

³² Para el momento que se presentó el Anteproyecto del año 2006, la norma vigente para la punición de esta conducta, que se encontraba prevista en el art. 300, inc.2; estaba redactada de la siguiente manera: “Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años: 2º El que ofreciere fondos públicos o acciones u obligaciones de alguna sociedad o persona jurídica, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.”

el precepto legal, ya sea por la misma selectividad secundaria así como por las carencias de formación de los operadores en estas materias³³. En lo que respecta a los elementos normativos *valores negociables* e *instrumentos financieros*, los mismos deben ser integrados por los conceptos incorporados por el artículo 2 de la ley 26831. En todo supuesto no puede desconocerse que la celeridad y vértigo de las negociaciones que se producen en el mercado financiero requieren de la posibilidad de que la norma acompañe esa modalidad fluctuante.

El Anteproyecto de Reforma al CP, incorpora una ultraintención - como aspecto subjetivo del tipo diferenciado del dolo - traída parcialmente y sin mayor consideración del artículo 300, inc. 1) *in fine* CP (agiotaje simple). Así, la norma pasaría ahora a exigir que esa *manipulación del mercado y oferta engañosa* –disimulando u ocultando hechos o circunstancias falsas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias verdaderas– sea realizada, además, con el propósito de *producir la apariencia de mayor liquidez o para negociarla a un determinado precio*. Este nuevo requisito, más allá de las dificultades probatorias del aspecto subjetivo, resulta sobreabundante toda vez que el núcleo de la acción disvaliosa se agota con la oferta de instrumentos financieros o valores negociables efectuada con ocultamiento de hechos o afirmando falsedades.

También parece atinado, en mérito al monto que puede implicar el comportamiento ilícito, mantener el sistema de multa previsto en el actual artículo 309 CP, aunque con otra propuesta respecto al *quantum* de la pena.

Acorde lo señalado, formulo la siguiente propuesta de redacción:

“Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, **multa equivalente al monto de la operación** e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que: ... **b)** Ofreciere valores negociables u otros instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

³³ Debo apuntar aquí que al referir a la falta de formación aludo también a la formación cultural, debiendo asumir que no está arraigado en la práctica judicial la prosecución de esta clase de delitos; con lo cual, ante el cúmulo de expedientes, el escaso tiempo, la falta de experiencia de las fuerzas de seguridad para cumplir las instrucciones que se le impartan a fin de investigar estos delitos, etc., la investigación y posibilidad real de futura sanción de estos delitos se torna limitada.

§ XI.- Observaciones sobre el tema del agravante a la Manipulación del mercado financiero y oferta engañosa – Fernando Vásquez Pereda

I.1.- El tipo penal en estudio se describe en el artículo 175, Libro Segundo, Título VIII – Delitos contra el orden económico – Capítulo VI – Delitos contra los mercados financieros.

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 175 “ *Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que:*

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas o reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, para producir la apariencia de mayor liquidez o para negociarla a un determinado precio”. b) Ofreciere valores negociables u otros instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas, sea para negociarlos a un determinado precio o para producir la apariencia de mayor liquidez”.

I.3.- Cuestiones – Observaciones.

I.3.1.- Antecedentes:

Al abordar el origen de este tipo es necesario remitirse al Decreto 677/2001 PEN. Norma esta que al tiempo de enunciar la necesidad de asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional procedió a instaurar un estatuto de los derechos del *consumidor financiero* a la vez de establecer, entre otras cuestiones, un régimen sancionatorio, de carácter administrativo, para las conductas allí descriptas. De esta manera, en el Capítulo IX del mencionado decreto – *Conductas contrarias a la transparencia en el ámbito de la oferta pública* – mediante el artículo 34, se prevé: “A los efectos de la determinación de la sanción de aquellas conductas que se consideren manipulación y/o engaño al mercado, la Comisión Nacional de Valores considerará como agravante si la conducta sancionada fuere realizada por el accionista de control, los administradores, gerentes, síndicos, intermediarios o funcionarios de los órganos de control...”.

El Anteproyecto elaborado conforme la Resolución 303/04 MJ y DH y anexas, incluyó en el Título VII – Delitos contra la propiedad y el orden económico, Capítulo XV – De los fraudes al comercio y a la industria – el artículo 201 que estableció: “*Será reprimido con prisión de un (1) mes a seis (6) años: ... c) El representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, que informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de la contabilidad, consignare datos falsos o incompletos*”.

Posteriormente, el Congreso de la República Argentina sancionó la ley 26.733 (22 de diciembre del año 2011) que reformó el Código Penal de la Nación e incorporó el artículo 308, que fuera reenumerado como artículo 309 conforme lo establecido por el art. 3° del Decreto N° 169/2012 – B.O. 06/02/2012.

En línea con lo expuesto, es necesario destacar que el artículo 309 inc. 2 CP contiene un agravante de la figura básica de manipulación de precio de valores negociables u otros instrumentos financieros³⁴ y que al igual del Decreto 677/2001 PEN , reconoce su matriz en la Ley de Mercado de Capitales (L. 26.831)³⁵

³⁴ La normativa del decreto que nos encontramos analizando contiene exclusivamente de sanciones de índole administrativa.

³⁵ Artículo “117 inciso b) Manipulación y engaño... A los efectos de la determinación de la sanción de aquellas conductas descriptas, la Comisión Nacional de Valores considerará como agravante si la conducta sancionada fuere realizada por el accionista de control, los administradores, gerentes, síndicos de todas las personas sujetas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores o funcionarios de los órganos de control;...”.

Manipulación y engaño al mercado. Los emisores, intermediarios, inversores, o cualquier otro interviniente o participante en los mercados de valores negociables o de contratos a término, de futuros y opciones de cualquier naturaleza, deberán abstenerse de realizar, por sí o por interpósita persona, en ofertas iniciales o mercados secundarios, prácticas o conductas que pretendan o permitan la manipulación de precios o volúmenes de los valores negociables, derechos, o contratos a término, de futuros y opciones, alterando el normal desenvolvimiento de la oferta y la demanda; debiendo observar especialmente las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.// Asimismo, dichas personas deberán abstenerse de incurrir en prácticas o conductas engañosas que puedan inducir a error a cualquier participante en dichos mercados, en relación con la compra o venta de cualquier valor negociable en la oferta pública o de contratos a término, de futuros y opciones de cualquier naturaleza, ya sea mediante la utilización de artificios, declaraciones falsas o inexactas o en las que se omitan hechos esenciales, o bien a través de cualquier acto, práctica o curso de acción que pueda tener efectos engañosos y perjudiciales sobre cualquier persona en el mercado.

I.3.2.- Observaciones y Aporte al Anteproyecto: Ahora bien, el presente aporte, versará sobre la incorporación de una agravante respecto a los tipos penales del proyectado artículo 175 apartados a) y b), toda vez que las conductas abarcadas por los mismos deberían ser pasibles de un mayor reproche penal cuando sean cometidas por el director, gerente, representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial, sin necesidad de distinguir respecto a que tengan obligación de establecer órganos de fiscalización privada. A estos efectos, cabe considerar que esos sujetos detentan una situación de poder de decisión dentro de las estructuras societarias a la vez de un lugar de preeminencia en la circulación de información financiera y patrimonial.

I.3.3.- Por lo expuesto, siguiendo el sentido que el Proyecto del Poder Ejecutivo brindaba a la norma (luego sancionada como art. 309, inc. 2 CP) propongo el siguiente texto:

Artículo 175 “ 1.- *Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que:*

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas o reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, para producir la apariencia de mayor liquidez o para negociarla a un determinado precio”.

b) Ofriere valores negociables u otros instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas, sea para negociarlos a un determinado precio o para producir la apariencia de mayor liquidez

2.- El monto de la pena de prisión se elevará de dos a seis años cuando las conductas mencionadas en los apartados a) y b) del inciso anterior fueran cometidas por el director, gerente, representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial.

§ XII.- Observaciones sobre el tema Intermediación financiera y captación de ahorros en el mercado de valores sin autorización – Adrián M. Tilve

I. El artículo 310 del CP contiene tres tipos penales: intermediación financiera no autorizada, captación clandestina de ahorros del público en el mercado de valores e intermediación para la adquisición de valores negociables sin autorización.

La conducta básica, prohibida por estas previsiones penales, consiste en la mera realización de actividades económico financieras, tanto en el ámbito bursátil como en el financiero, sin contar con la autorización de la autoridad competente. De modo tal que se trata de figuras de peligro en las cuales no se requiere la producción de resultado dañoso alguno a los efectos de subsumir el comportamiento en el tipo.

En el último párrafo, el artículo prevé agravar la pena en los casos en que las conductas hayan sido difundidas a través de medios masivos incrementando, de ese modo, la cantidad de público que - potencialmente - podría resultar perjudicado.

I.1.- Artículo 176, Libro II, Título VIII - *Delitos contra el orden económico y financiero*, Capítulo VI - *Delitos contra los mercados financieros*

I.2.- Texto del Anteproyecto: Artículo 176.- Intermediación y captación no autorizada:

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que por cuenta propia o ajena realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin autorización de la autoridad.
2. Igual pena se impondrá a quien capture ahorros del público en el mercado de valores, cuando no contare con la correspondiente autorización.
3. El mínimo de la pena de prisión será de dos (2) años cuando se hubieren utilizado publicaciones periódicas, electrónicas, transmisiones radiales o de televisión o cualquier otra modalidad de difusión masiva.
4. No configurarán los delitos de este artículo las conductas que en total no superaren el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos, vitales y móviles.

Parte pertinente de la exposición de motivos del AP 2013

“Corresponde al vigente artículo 310º, con modificaciones menores: en el inciso 1º se fija una pena de multa; en el inciso 2º se suprime la intermediación financiera por considerarla redundante; en el inciso 3º se simplifican los ejemplos. Se introduce en el inciso 4º un monto mínimo, para evitar considerar casos de menor significación.

En este punto, cabe advertir un error material en la Exposición de motivos, ya que lo suprimido no es la “intermediación financiera”, sino la prestación de “servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables”.

I.3.- Correlaciones:

Artículo 310 del CP (incorporado por la Ley 26.733 - B.O. 28/12/2011) - el Anteproyecto elaborado conforme lo dispuesto por Resolución 303/04 MJ y DH y sus anexos no contempló este tema -

I.4.- Cuestiones – Observaciones.-

I.4.1.- Antecedentes normativos.-

Ley de Entidades Financieras (L. 21.526): artículo 38, Ley de Mercado de Capitales (L. 26.831): artículo 117, inc. “c”.

I.4.2.- Observaciones y Aportes al Anteproyecto.-

A partir de haberse incorporado estas figuras al Código Penal, desde fines del año 2011 se han elevado a la categoría de delitos distintas infracciones que ya estaban previstas en el plano administrativo, sea en la Ley de Entidades Financieras (L. 21.526, del año 1977) o bien en diferentes normas que han regulado el Mercado de capitales (Ley 17.811/1968, Decreto 677/2001 PEN o la actual Ley 26.831/2012).

De esta manera, una primera observación que se le puede hacer al actual artículo 310 del CP, es que los comportamientos que se encuentran previstos en sus tipos también son objeto de sanción en el plano administrativo. Situación esta que puede generar reparos por afectación al principio constitucional de doble persecución y juzgamiento. El AP podría resolver esta cuestión a través de un límite cuantitativo que establezca - en el inciso 4º - un monto mínimo por debajo del cual la conducta no es delito.

En otro orden de cosas, corresponde mencionar que un sector de la doctrina penal ha formulado objeciones en cuanto a la falta de certeza de los conceptos

intermediación financiera e intermediación para la adquisición de valores negociables. Ahora bien, respecto al primer caso, las críticas formuladas a la falta de precisión del concepto *intermediación financiera* no tienen mayor asidero, puesto que esta expresión refleja a aquella actividad reiterada en el tiempo por parte de quien capta recursos financieros de terceros y los coloca a través de créditos. Expresión esta que más allá de estar definida en el artículo 1° de la ley 21.526, ha sido elaborada y precisada desde hace tiempo por el derecho financiero y bancario. Por otra parte se debe destacar que la autoridad competente, mencionada por el tipo, es el Banco Central de la República. Argentina, o bien podría serlo el I.N.A.E.S. - ante supuestos de servicios de ayuda económica mutual (cfr. Res. N° 2773/08 INAES) -. En atención a todo lo ello, el ámbito de lo prohibido por la norma contenida en el primer párrafo del artículo 310 del CP (y en el inc. 1° del artículo 176 del AP 2013), no debería traer mayores problemas interpretativos.

No sucede lo mismo respecto de quienes prestan servicios de intermediación en el ámbito bursátil. En este supuesto, el ente encargado de conceder esa autorización es la Comisión Nacional de Valores a través de los mercados autorizados, y el término apropiado -y desarrollado por la doctrina que trata esta rama del derecho- es el concepto de *oferta pública irregular o no autorizada*, que abarca aquellos casos en los cuales el oferente de valores negociables, o bien efectúa la oferta de manera ilegal, o bien no cuenta con la autorización de la autoridad competente. En este sentido, el art. 2° de la ley 26.831 establece los alcances del concepto *oferta pública*, extremo que no sucede en el ámbito extrapenal con la captación de ahorros del público en el mercado de valores, ni con la prestación de servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables (las violaciones al régimen de *oferta pública*, son las conductas que con mayor frecuencia resultan ser sancionadas por la CNV).

Por otra parte, la flamante figura penal de Captación de ahorros del público, ha sido objeto de distintas críticas con cierto sustento, derivadas de la falta de definición extrapenal y la imprecisión del concepto de ahorros del público. Técnicamente el ahorro es un excedente de recursos producto de la diferencia entre los ingresos y consumos, por lo que hubiese sido más apropiado referirse a los recursos financieros³⁶.

³⁶ Cfr. Martín Paolantonio, *Derecho penal y Mercado Financiero: ley 26.733*, Abeledo Perrot.

También resultan poco claras las expresiones *del público* y en el *mercado de valores*. La referencia al *público* podría aludir a una noción de masividad, pero dando lugar a la exclusión del tipo en el caso de colocación de valores negociables a determinados sujetos puntuales (ya sea entes estatales de carácter público o privado). En cuanto a la mención relativa a que esa conducta prohibida debe producirse en el mercado de valores, ello puede dar lugar a interpretaciones irrisorias como aquella en la cual si la colocación no se perfecciona dentro de ese recinto físico, no quedaría abarcada por el tipo penal. Por lo tanto, consideramos que en lugar de suprimir la intermediación bursátil, lo que se debería es reformular la norma hacia la oferta pública irregular de valores negociables, vinculándolo más con la sanción administrativa, de la cual se diferencia a través del límite monetario establecido en el inciso cuarto.

La supresión de los términos *directa o indirectamente*, por parte del inc. 1º del art. 176 en el AP 2013 y respecto del texto vigente, resulta acertada ya que se trata de una cuestión que debe resolverse en el plano de la autoría y participación.

Resta agregar que es aconsejable incorporar al inciso 3) el elemento: *impresos* (que alude a libro, hoja, folleto) ya que también suelen ser utilizados como instrumento de difusión y pueden no tener carácter masivo.

II.- Propuesta de reforma

En función de las observaciones formuladas, consideramos que el texto adecuado debería ser redactado en los siguientes términos:

Artículo 176.- Intermediación no autorizada

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días e inhabilitación hasta cinco (5) años, el que por cuenta propia o ajena realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin autorización de la autoridad **competente**.

2. **Igual pena se impondrá a quien intervenga u ofrezca servicios en la oferta pública de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización de la autoridad competente.**

3. El mínimo de la pena de prisión será de dos (2) años cuando se hubieren utilizado **impresos o** publicaciones periodísticas, electrónicas, transmisiones radiales o de televisión o cualquier otra modalidad de difusión masiva.

4. No configurarían los delitos de este artículo las conductas que en total no superaren el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos, vitales y móviles.

§ XIII.- Observaciones sobre el tema Registro irregular de operaciones financieras

– **Gerardo Miño**

1.- Artículo 177, Libro II, Título VIII, Capítulo VI.

Texto del Anteproyecto: *“Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días e inhabilitación hasta seis (6) años, el empleado o miembro del órgano de administración o de fiscalización de una institución financiera, o que opere en el mercado de valores, que en los registros contables insertare datos falsos u omitiere los verdaderos, en relación a una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, para obtener un beneficio para sí o para otro, o para causar un perjuicio”.*

I.1.- Antecedentes normativos

Este tipo fue introducido en nuestro Código Penal, en fecha relativamente reciente, a través de la sanción de la Ley 26.733/2011³⁷. Actualmente se ubica en el artículo 311 del CP, pasando a integrar la familia de delitos que afectan el Orden económico y financiero - Título XIII del CP³⁸.

El Poder Ejecutivo impulsó la sanción de la Ley 26.733, teniendo en cuenta tanto las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) como la necesidad de desarrollar estrategias públicas orientadas a que el Estado comenzara a tomar mayor intervención en el diseño y proyección de políticas económicas en miras a mejorar las capacidades de control.

³⁷ B.O. 28/12/2011.

³⁸ B.O. 21/06/2011.

La lectura de los elementos del tipo analizado nos remite a la figura de Balance falso -artículo 300, inc. 2°CP - al tiempo que gira en torno al concepto de fe pública y su relación con los fraudes en la actividad económica. En la Ley 4189, que fuera sancionada en el año 1903, en línea con el texto del proyecto de Código Penal del año 1891 (obra de los Dres. Norberto Piñeiro, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo) ese injusto era considerado una variante de las defraudaciones. Posteriormente, el Código Penal en el año 1921, lo incorporó en el título sobre los Delitos contra la fe pública ³⁹.

I.2.- Cuestiones y problemas que plantea el tema y la redacción del Anteproyecto

La materia guarda una especial relación con las normas contables que regulan el mercado financiero y los derechos y obligaciones de los sujetos que actúan en ese ámbito. De forma tal que las reciente leyes 26.831 (de Mercados de Capitales) y 21.526 (de Entidades financieras) son las herramientas legales que nos ayudarán a desentrañar los elementos normativos que presenta el texto legal en cuestión. Nuestro país, hasta la sanción de la Ley 26.831, no contaba con un ordenamiento legal que sistematizara todas las regulaciones referentes al mercado de capitales, no obstante lo cual era factible determinar sus principios y características a través de un conjunto de normas atinentes a esta materia, como por ejemplo: la Ley 17.811 (de Oferta pública de título valores); el Decreto 677/01 (Régimen de Transparencia de la Oferta Pública) o el Decreto Nacional 656/92 (Régimen para las autorizaciones de oferta pública de emisión de títulos valores privados), por citar las mas importantes. Todas estas normas fueron articuladas en la Ley 26.831, de allí entonces que esta disposición normativa también previó la derogación de aquellas y de toda otra que fuera incompatible con sus disposiciones (art. 154). Vale decir que el registro falso de operaciones financieras o la omisión de dejar registro de las mismas, no estaban contemplados como infracciones en el Decreto 677/01 y tampoco fueron previstas en la nueva Ley de Mercado de Valores (26.381).

Resulta ser, entonces, una novedosa figura legal que hace alusión a una conducta típica, que bien podría ser parte del *iter criminis* de otros ilícitos o que el ámbito de su prohibición pueda ser abarcado por otros tipos penales; como ser los pertinentes al

³⁹ Cfr. Rotman, Edgardo, *Los fraudes al comercio y a la industria*, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1974, págs. 104/113.

delito de estafa (art. 172 del CP); el delito de administración fraudulenta (173, inc. 7°); la falsificación de documentos (art. 292 del CP), el blanqueo de capitales (art. 303 del CP) y, como ya se ha señalado anteriormente: el delito de balance falso (art. 300, inc. 2).⁴⁰

Estamos en presencia de un tipo de peligro abstracto. De modo que no es esencial que se haya logrado un perjuicio en concreto, más allá que el tipo exige que el autor lo haya tenido como uno de sus objetivos. Debe también repararse en la definición de *valores negociables* establecida en el artículo 2 la Ley 26.831, elemento esencial de la figura puesta a estudio.

Resulta necesario mencionar también las cuestiones inherentes al bien jurídico tutelado, así advertimos que se encuentra como objeto de tutela un deber de veracidad. Se constituye un mandato de asentar o registrar con veracidad las operaciones que realizan los agentes que intervienen en el mercado financiero. La obligación de llevar libros contables es inherente a todo aquel que realice actos mercantiles, conforme los artículos 43 y 44 del Código de Comercio, lo cual exige que el registro contable refleje un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registro contable. Por su parte, la ley 26.831, establece que una de las funciones del Mercado de capitales es la de dictar normas que aseguren la veracidad de los repertorios de precios así como de las negociaciones y dictar normas y medidas necesarias que resguarden la realidad de las operaciones que realicen sus agentes (art. 32, incs. e y f).

I.3.- Acerca de la Propuesta de reforma.

Considero conveniente que la norma quede legislada en base a la redacción que propone el Anteproyecto. Entiendo necesario señalar: que la diferencia entre el texto del AP con la redacción del artículo 311 vigente, más allá del nuevo régimen de penas, es que éste último refiere como sujetos activos: *a los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores*, texto este que fue corregida por el Anteproyecto por la descripción: *miembro del órgano de administración y fiscalización*, lo que, a mi criterio, resulta más correcto y deja de lado cualquier duda en lo atinente a que se entiende por *funcionario* de esas instituciones a la

⁴⁰ Esto es advertido por Mariano Cuneo Libarona. Cfr.: “*Ley de Orden Económico*”, LL, Supl. Esp. Nro. 11, 2012; p. 11/15.

vez que amplía la responsabilidad penal hacia los niveles de dirección y control de las mismas.

De todos modos es necesario señalar dos cuestiones a los efectos de evitar cuestiones interpretativas respecto a los elementos normativos y desde esta perspectiva establecer el distingo entre: *documento contable* y *registro contable*, como asimismo entre la acción de *omitir datos verdaderos* y la de *omitir el registro de una operación*, tal como prevé sobre este último aspecto el texto del artículo 311 en su parte final.

Texto de la Propuesta:

*“Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días e inhabilitación hasta seis (6) años, el empleado o miembro del órgano de administración o de fiscalización de una institución financiera, o que opere en el mercado de valores, que en los **documentos** o registros contables insertare datos falsos u omitiere los verdaderos, en relación a una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, para obtener un beneficio para sí o para otro, o para causar un perjuicio. En la misma pena incurrirá quien omitiere asentar o dejar debida constancia en los documentos o registros contables de algunas de las operaciones a las que alude el párrafo anterior”.*