

TD 149

**Nombre: Elizabeth A. Marum.**

**Título de tesis: Principios de Derecho Penal aplicados al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Ley 24.241.**

**Carrera: Doctorado en Derecho Penal.**

**Director de tesis: Dr. Mario Pena.**

**Fecha: 1/11/99.**



USA  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR



## **INDICE**

### **I. HIPOTESIS Y PLAN DE TRABAJO.**

### **II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY 24.241.**

### **III. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (S.I.J.P.).**

### **IV. DELIMITACION Y UBICACION DE LOS DELITOS INCLUIDOS EN LA LEY 24.241.**

### **V. DELITOS EN PARTICULAR.**

#### **I. DELITOS CONTRA LA INTEGRACION DE LOS FONDOS DEL SIJP**

##### **A. INFRACCIONES AL DEBER DE INFORMACION. Art..132.**

###### **1. BIEN JURIDICO.**

**2. CARACTERISTICAS: delito especial propio, de omisión propia, instantáneo y de peligro abstracto.**

###### **3. TIPO OBJETIVO.**

**3.a) ELEMENTOS TIPICOS COMUNES A LAS DISTINTAS HIPOTESIS DELICTIVAS DEL ART. 132.**

**a)1) Sujeto activo.**

**a)2) Situación típica o generadora del deber de actuar.**

**a)3) Intimación y condiciones de validez.**

**a)4) Plazo para el cumplimiento de la acción debida: 30 días a partir de la notificación.**

**a)5) Posibilidad física de realización de la conducta debida.**

**a)6) Consumación.**

**3.b) ELEMENTOS TIPICOS ESPECIFICOS DE LOS DISTINTOS INCUMPLIMIENTOS PREVISTOS EN EL ART. 132.**

**b)1) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESTABLECIDA EN EL ART. 12 INC. a)**

**b)1)1. Realización de una conducta distinta de la debida o no realización de la conducta ordenada.**

1.a. Determinación de la acción debida.

1.b. Disposiciones administrativas que regulan el art. 12 inc. a) de la ley 24.241.

1.c. Cuestiones constitucionales que pueden surgir en torno a su carácter de ley penal en blanco.

1.d. Otras pautas a ponderar: no cualquier inobservancia de las modalidades exigidas administrativamente configura delito.

**b)1)2. Correlación entre la figura prevista en la primera parte del art. 132 y el derogado art. 7 ley 23.771.**

**b)2) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESTABLECIDA EN EL ART. 12 inc. b).**

**b)2)1. Realización de una conducta distinta de la debida.**

**b)2)2. Objeción de carácter constitucional.**

**b)3) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ART. 12 inc. e).**

**b)3)1. Incumplimiento del mandato de acción.**

**b)4) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESTABLECIDA EN EL ART. 12 inc. i).**

**b)4)1. Inconstitucionalidad.**

**b)5) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ESTABLECIDA EN EL ART. 43, 2da. parte.**

**b)5)1. Realización de una conducta distinta de la debida.**

**4. TIPO SUBJETIVO DE LAS DISTINTAS HIPOTESIS DELICTIVAS DEL ART. 132.**

a) Aspecto cognoscitivo. Algunos casos de error de tipo y su distinción con los supuestos que conforman el error de prohibición.

b) Aspecto volitivo.

**5. ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LA CULPABILIDAD.**

**6. AUTORIA Y PARTICIPACION.**

**7. TENTATIVA.**

**8. CONCURSO CON OTROS DELITOS.**

**9. REPAROS CONSTITUCIONALES.**

**B. INFRACCION AL DEBER DE ACTUAR COMO AGENTE DE RETENCION O PERCEPCION, AL DEBER DE DEPOSITO, Y EVASION DE APORTES Y CONTRIBUCIONES. Art.. 133.**

**II. DELITOS CONTRA LA ADECUADA IMPUTACION DE LOS DEPOSITOS AL SIJP. Art.. 134.**

**1. BIEN JURIDICO.**

**2. CARACTERISTICAS: delito especial propio, de omisión propia, instantáneo, de resultado.**

**3. TIPO OBJETIVO.**

**3.1) Sujeto activo.**

**3.2) Sujeto pasivo.**

**3.3) Situación generadora del deber de actuar y posibilidad física de realización de la conducta debida.**

**3.4) Realización de una acción distinta de la debida.**

**3.5) Resultado.**

**3.6) Vínculo entre la omisión y el resultado.**

**4. TIPO SUBJETIVO.**

**5. DIFERENCIA CON EL DELITO DE DEFRAUDACION POR RETENCION INDEBIDA PREVISTO POR EL ART. 173 INC. 2 DEL CODIGO PENAL**

**6. TENTATIVA.**

**III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE ELECCION DE LA AFJP.**

**1. BIEN JURIDICO.**

**A. NO ADMISION DE LA INCORPORACION O TRASPASO DE UN TRABAJADOR A UNA A.F.J.P. Art. 135, primer párrafo.**

**1. CARACTERISTICAS: especial propio, de omisión propia E instantáneo.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Autor.**

**2.2) Situación típica.**

**2.3) Realización de una conducta distinta de la debida.**

a) Omisión de admisión de la incorporación de un trabajador.

b) Omisión de admisión del traspaso de un trabajador.

**2.4) Posibilidad de realización de la conducta debida.**

**2.5) Consumación.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. AUTORIA Y PARTICIPACION. CONCURSO CON OTROS DELITOS.**

**5. TENTATIVA.**

**B. INCORPORACION O TRASPASO DE UN TRABAJADOR SIN SOLICITUD Y BAJA DE LOS REGISTROS SIN CUMPLIMENTAR LOS REQUISITOS. Art. 135, segundo párrafo.**

**B.a) INCORPORACION DE UN TRABAJADOR.**

**1. CARACTERISTICAS: de comisión, de pura actividad y especial propio.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Autor.**

**2.2) Acción típica.**

**2.3) Sujeto pasivo del delito. Algunas cuestiones procesales.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. PUNIBILIDAD.**

**5. RECLAMOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS PARA LAS VICTIMAS DE ESTE DELITO. DENUNCIA PENAL OBLIGATORIA DEL ORGA-**

**NISMO DE CONTRALOR.**

**6. TENTATIVA. Fijación del momento consumativo.**

**7. PRESCRIPCION DE LA ACCION.**

**8. CONCURSO CON OTROS DELITOS.**

a) Concurso con otra infracción al art. 135.

b) Concurso con el delito de falsificación de documento o con el de uso de documento falsificado.

c) Concurso con el delito de estafa.

**9. COMPETENCIA.**

**B.b) BAJA DEL TRABAJADOR DE LOS REGISTROS.**

**1. CARACTERISTICAS: de comisión, de pura actividad y especial propio.**

**2. TIPO SUBJETIVO.**

**C. LIMITACION DEL DERECHO DE ELECCION DE UN TRABAJADOR MEDIANTE ARDID O ENGAÑO. Art. 135, tercer párrafo.**

**1. CARACTERISTICAS: de comisión y de pura actividad.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Autor.**

**2.2) Acción típica.**

**2.3) Medios comisivos.**

a) Publicidad engañosa para obtener la afiliación.

b) Falsear o inducir a error sobre las prestaciones del S.I.J.P. o de una administradora.

c) Promesas de prestaciones complementarias inexistentes o prohibidas.

d) Promesas de dinero o bienes para obtener la afiliación.

e) Abuso de confianza o de firma en blanco.

f) Cualquier otro abuso, ardid o engaño.

**2.4) Sujeto pasivo.**

**2.5) Momento consumativo.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. CONCURSO CON OTROS DELITOS.**

**D. ADHESION DE UN TRABAJADOR A OTRO SERVICIO O PRODUCTO. Art. 135, cuarto párrafo.**

**1. CARACTERISTICAS: de comisión y de resultado.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

**2.2) Sujeto pasivo.**

**2.3) Acción típica.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. TENTATIVA.**

**IV. DELITOS CONTRA EL DEBER DE INFORMACION.**

**1. BIEN JURIDICO.**

**A. OMISION DE SUMINISTRAR INFORMACION. Art. 136**

**1. CARACTERISTICAS: delito de omisión propio, de actividad, peligro abstracto y especial propio.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

**2.2) Situación generadora del deber de actuar.**

**2.3) Realización de una conducta distinta de la debida.**

**a) INFORMACION AL PUBLICO.**

**b) INFORMACION AL AFILIADO.**

**c) INFORMACION A LA SUPERINTENDENCIA de A.F.J.P.**

**2.4) Posibilidad física de realización de la conducta debida.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. TENTATIVA.**

**5. CONCURSO.**

**6. REPAROS CONSTITUCIONALES.**

**B. SUMINISTRO DE INFORMACION FALSA. Art. 137**

**1. CARACTERISTICAS.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

**2.2) Acción típica**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. TENTATIVA.**

**5. CONCURSO.**

**V. DELITOS CONTRA UN FONDO DE JUBILACIONES Y PENSIONES.**

**A. CALIFICACION INCORRECTA DE ENTIDADES FINANCIERAS.**

**Art.138.**

**1. CARACTERISTICAS.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

**2.2) Acción violatoria del deber de cuidado o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado**

**2.3) Resultado. Vínculo entre acción y resultado. Concreción del riesgo jurídicamente desaprobado.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**4. OBJECIONES CONSTITUCIONALES.**

**5. TENTATIVA.**

**6. PARTICIPACION.**

**B. AUTORIZACION, DETERMINACION Y APROBACION INDEBIDAS. Art. 139.**

**1. CARACTERISTICAS: delitos de comisión, de resultado y especiales**

propios.

## **2. TIPO OBJETIVO.**

I. Inc. a).

**I.1) Sujeto activo.**

**I.2) Acción violatoria del deber de cuidado.**

II. Inc. b).

**II.1) Sujeto activo.**

**II.2) Acción violatoria del deber de cuidado.**

III. Inc. c).

**III.1) Sujeto activo.**

**III.2) Acción violatoria del deber de cuidado.**

IV. Inc. d).

**IV.1) Sujeto activo.**

**IV.2) Acción violatoria del deber de cuidado.**

V. Inc. e).

**V.1) Sujeto activo.**

**V.2) Acción violatoria del deber de cuidado.**

**VI. Resultado. Vínculo entre la violación del deber de cuidado y el resultado.**

## **3. TIPO SUBJETIVO.**

**C. INVERSIONES, DEPOSITOS, CUSTODIA INDEBIDA DE FONDOS. Art. 140, primer párrafo.**

**1. BIEN JURIDICO.**

**2. CARACTERISTICAS.**

**3. TIPO OBJETIVO.**

**A. INVERSION INDEBIDA DE UN FONDO.**

**A.1) Sujeto activo.**

**A.2) Violación del deber de cuidado.**

**a) Ley 24.241.**

**Inversiones permitidas.**

**Inversiones prohibidas.**

**Limitaciones a las inversiones.**

**b) Reglamentación.**

**A.3) Resultado. Vínculo con la acción.**

**B. DEPOSITO INDEBIDO DE FONDOS.**

**B.1) Sujeto activo.**

**B.2) Violación del deber de cuidado.**

**B.3) Resultado.**

**C. CUSTODIA INDEBIDA DE FONDOS.**

**C.1) Sujeto activo.**

**C.2) Violación del deber de cuidado.**

**C.3) Resultado y vinculación con la acción debida.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**D. CONTROL INDEBIDO DE INVERSIONES, DE DEPOSITOS Y DE CUSTODIA DE FONDOS. Art. 140 segundo párrafo.**

**1. CARACTERISTICAS: delito culposo y especial propio.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

1)a) Control indebido de inversiones.

1)b) Control indebido de depósito y custodia de fondos.

**2.2) Violación del deber de cuidado.**

2)a) Control indebido de inversiones.

2)b) Control indebido de depósito y custodia de fondos.

**2.3) Resultado. Vinculación con la conducta violatoria del deber de cuidado.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**E. ILICITOS TIPIFICADOS ELCAPITULO, PROCURANDO UN BENEFICIO INDEBIDO PARA SI O PARA UN TERCERO. Art. 141.**

**1. CARACTERISTICAS: delito doloso, de daño y especial propio.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Acción.**

**2.2) Resultado.**

**3. TIPO SUBJETIVO.**

**VI. DELITOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES OMISION DE EFECTIVIZAR PRESTACIONES. Art. 142**

**1. CARACTERISTICAS: doloso, de omisión propio, especial propio y de resultado.**

**2. TIPO OBJETIVO.**

**2.1) Sujeto activo.**

**2.2) Situación típica o generadora del deber de actuar.**

**2.3) Realización de una conducta distinta de la debida.**

**A. PRESTACIONES A CARGO DEL REGIMEN DE REPARTO**

a) Individualización de las prestaciones.

b) Sujetos pasivos.

c) Alcance de la obligación. Haber de las prestaciones.

**B. PRESTACIONES A CARGO DEL REGIMEN DE CAPITALIZACION.**

a) Individualización de las prestaciones.

b) Sujeto pasivo del delitos.

c) Alcance de la obligación. Haber de las prestaciones.

**4) Posibilidad de realización de la conducta debida.**

**5) Resultado.**

**VII. CONCLUSIONES FINALES.**

## **PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL APLICADOS AL SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (LEY NRO. 24.241).**

### **I. HIPOTESIS Y PLAN DE TRABAJO.**

Este trabajo tiene por finalidad el tratamiento de las figuras penales previstas por la ley 24.241, que forman parte de lo que se denomina "derecho penal accesorio", por tratarse de preceptos penales contenidos fuera del Código Penal.

El objetivo que se pretende es someter a crítica tales figuras, a fin de establecer si ellas resultan adecuadas a nuestra Constitución Nacional, si permiten obtener los fines que, mediante su introducción se ha querido alcanzar; o si, por el contrario, requieren su modificación, a la luz de objeciones de carácter dogmático o desde el punto de vista político criminal o, más drásticamente, si resulta adecuada su derogación.

**La hipótesis que se demostrará tiene dos aspectos:**

**1) que algunos de los tipos penales son inconstitucionales y que los delitos allí contenidos no deberían tipificarse como tales, proponiéndose por ello su derogación, y**

**2) que otras figuras requieren su modificación, en base a un doble orden de razones: o bien a fin de alterar el alcance de la conducta ilícita prevista; o bien por meros defectos de técnica legislativa.**

El tema se abordará desde distintos ángulos, teóricos, prácticos, objetivos y valorativos.

Por un lado, se realizará un estudio sistemático de los ilícitos penales desde el punto de vista dogmático-jurídico. En este ámbito se presentarán los problemas que surgen con esta ley a partir de la aplicación de la teoría del delito, tales como las dificultades referidas a la conformación de la tipicidad y

a la fijación de un criterio de distinción entre los errores de tipo y de prohibición, señalando las distintas consecuencias que acarrearán las diferentes posiciones doctrinarias que se han asumido al respecto.

Se tratarán cuestiones relativas a la calidad de los delitos allí previstos, los que serán calificados, según su condición en delitos: de comisión y de omisión -propia e impropia-; dolosos y culposos; de peligro y de resultado. Inclusive, y respecto de algunos de ellos, como el previsto por el art. 140, se verán los obstáculos que existen para incluirlo en una u otra categoría.

Asimismo, se tratarán los problemas que surgen en torno a la tentativa, se verá que algunos delitos la admiten, mientras que otros no y se intentará fijar el límite a partir del cual pueden distinguirse los actos preparatorios del comienzo de ejecución. También se intentará fijar el momento consumativo de los distintos delitos, distinguiendo, en tanto resulte pertinente, entre consumación formal y agotamiento; todo lo cual resultará de suma relevancia a fin de deslindar entre hecho tentado y consumado, teniendo siempre en mira los elementos del tipo objetivo.

Se abordará el difícil tema de la autoría y participación, teniendo en cuenta que la mayor parte de los tipos revisten el carácter de delitos especiales propios y los problemas que surgen con relación a quiénes pueden ser sus autores y las consecuencias que ello acarrea en torno a la autoría mediata y a las distintas formas de participación. Se verá que esta categoría obedece a la finalidad de la ley, pues a través de toda la normativa se impone el cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de quienes tienen a su cargo diferentes funciones relativas al sistema que se instaura, estableciéndose penalidades para el caso de incumplimiento, como un modo de asegurar el éxito y continuidad del nuevo orden que se origina a partir de esta ley. Por ello, y en base a que las obligaciones recaen en cabeza de quienes son responsa-

bles del adecuado funcionamiento del sistema, los delitos previstos por esta ley se les ha conferido la condición de especiales propios, es decir que sólo pueden ser cometidos por quienes revisten determinada calidad. Así, sólo pueden ser autores el empleador, el depositario de aportes y contribuciones, el obligado por la ley a suministrar información; el responsable de la calificación de entidades, etc., todos los cuales responden penalmente por la violación de los deberes a su cargo, en algunos casos culposa y en otros dolosamente.

Asimismo, y con relación al concurso de delitos se intentarán solucionar problemas relativos a las formas real, ideal y aparente, que pueden darse entre la propia figura o la combinación con otras previstas en la misma ley o en el Código Penal, como por ejemplo con el delito de estafa u otras defraudaciones.

Otra cuestión que se resaltarán se relaciona con las consecuencias que acarrea la inclusión de elementos normativos que requieren una valoración jurídica en algunos de los tipos penales, para lo cual será necesario efectuar una remisión a otras leyes del ordenamiento jurídico. A ello cabe agregar la presencia de disposiciones penales en blanco, circunstancia que también obliga a efectuar una remisión a otras leyes, en sentido formal o material, a fin de integrar la figura. Por otra parte, debido a que el contenido de la tipicidad hace referencia a resoluciones dictadas por los organismos de contralor, ellas serán integradas al presente trabajo, se trate de disposiciones de la Superintendencia de Administradoras del Fondo de Jubilaciones y Pensiones, del Banco Central de la República Argentina o de la Comisión Nacional de Valores. También se considerarán la diversidad de normas contenidas en la ley 24.241 que regulan la materia previsional, efectuándose una continua remisión a ellas; pues no podemos olvidar que los tipos penales instaurados

apuntan a preservar y obtener el cumplimiento del nuevo sistema.

Las cuestiones precedentemente reseñadas serán estudiadas desde un punto de vista teórico y práctico. Se intentarán agotar las fuentes doctrinarias existentes en la materia; pero fundamentalmente se dará una opinión personal fundada que, en muchos casos podrá importar la crítica de ideas ya aportadas o simplemente un apartamiento de las mismas o un intento de ir más allá de ellas. En definitiva, se partirá de la ley; se dejará constancia de las interpretaciones otorgadas en torno a la misma; para luego brindar, en cada uno de los casos, la solución que se considera adecuada y su fundamentación.

Además se recopilará la jurisprudencia dictada en esta materia que, por cierto, en su gran mayoría se refiere solamente al art. 135 de la ley, siendo ésta prácticamente la única figura que hasta la fecha ha tenido aplicación en los Tribunales.

Sin embargo, el trabajo no tendrá un alcance meramente dogmático; además de analizar la gran variedad de cuestiones que se presentan desde un punto de vista objetivo; apunta a otorgar un contenido valorativo a cada uno de los tipos que se han incorporado en la ley 24.241.

Ello importará el análisis de la legitimidad de dichas normas penales en el marco de los fines del Estado y del derecho penal. Se intentará responder a la siguiente pregunta: ¿Los delitos incluidos en esta ley se encuentran dentro de las acciones (u omisiones) que el legislador puede prohibir a sus ciudadanos bajo pena? o, en otras palabras ¿las conductas que la ley conmina con pena, revisten los presupuestos bajo los cuales puede justificarse que se imponga una sanción de tanta entidad?.

Esta última cuestión no puede obviarse al pretender abordar el estudio de delitos especiales, y menos aún en relación a la temática escogida, cuyo objeto está constituido por tipos penales absolutamente novedosos, mediante

los cuales se ha elevado a la categoría de delito, realidades que con anterioridad no revestían tal naturaleza.

Asimismo, demostraré que la mayor parte de los problemas, no sólo de orden hermenéutico, sino también dogmáticos que surgen a partir de esta ley, obedecen a la deficiente técnica legislativa y a la prescindencia de los principios constitucionales básicos que rigen el derecho penal. Al respecto, destaco que si bien han existido disparidad de opiniones en torno a la interpretación de las diversas figuras de la ley 24.241; todas ellas coinciden en un punto: la deficiente técnica jurídico legislativa empleada en esta ley y las violaciones a principios constitucionales en que se incurre<sup>1</sup>.

Por último, creo que la utilidad de la temática que presento radica en que ella no ha sido objeto de tratamiento sistemático por la doctrina argentina. Por un lado, se han publicado obras relacionadas con el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y por otro, existen innumerables manuales y tratados de la parte general de derecho penal. Pero se han escrito sólo escasos y breves artículos doctrinarios en los que se conjugan ambas materias, de una forma muy general y sucinta. Este estudio pretende, por tanto, llenar el vacío

---

<sup>1</sup> Esto último se ha afirmado no sólo con relación a ciertas figuras penales, sino también con referencia al sistema previsional fijado por la ley 24.241, cuya inconstitucionalidad ha sido afirmada por Ekmekdjian y Fernández Madrid, cit. por Rojt, Julio M., El régimen penal previsional, Errepar, 1995, p. 32 y 34. Respecto de las deficiencias apuntadas en el ámbito específicamente penal, ver Rojt, ob. cit., p. 12; Carcavallo, Hugo, "La reforma previsional", La Ley, 1993-E, p. 977/82; Díaz Cantón, F, Los aspectos penales del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, L.L., 1993-E-1072; Jaime y Brito Peret, Régimen previsional. SIJP. Ley 24.241, Bs. As., Astrea, 1996, p. 542, entre otros.

que en la actual bibliografía existe, en relación a la aplicación de los principios de derecho penal al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

## **II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY 24.241.**

Si bien no me extenderé al respecto, considero de importancia dejar constancia de los antecedentes legislativos de carácter previsional que tuvieron vigencia en nuestro país, con anterioridad a la sanción de la ley 24.241 (B.O. 18/10/93). Se han considerado antecedentes del régimen legal previsional incorporado por la nueva normativa las leyes nros.: 870 (1877); 909 (1886); 2219 (1903); 4224 (1903); 4349 (1904); 10.650; 11.110; 11.232; 11.575; 12.612; 12.981; 14.397; 14.399; decretos leyes 31.665/44; 13.937/46. Posteriormente se dictaron las leyes 13.478 (1950); 14.370 (1954); 14.499 (1958); 18.037 y 18.038 (1966). En 1986 se declaró en estado de emergencia del sistema previsional argentino (decreto 2196). Posteriormente se dictó el decreto 648 (1987)<sup>2</sup>.

Como antecedente internacional de la ley 24.241, puede citarse la ley chilena del 1 de mayo de 1981 que puso en marcha un nuevo sistema previsional basado en la capitalización individual en reemplazo del sistema de reparto que regía<sup>3</sup>.

En el ámbito específicamente penal, con anterioridad a la sanción de la ley 24.241, en nuestro país, el régimen penal previsional se encontraba

---

2 Villegas, Carlos Gilberto, *Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 24/7.

3 Villegas, ob. cit., p. 18.

previsto en la ley 23.771 (sancionada el 22/2/90). Antes de ella no existía un régimen penal previsional, aunque sí una norma aislada como el art. 17 de la ley 17.250 -retención indebida previsional-, que carecía de toda aplicación por parte de los órganos judiciales<sup>4</sup>. Con posterioridad a la ley 24.241, la ley 23.771 fue derogada y sustituida por la ley 24.769 que también contiene delitos previsionales (art. 7, 8 y 9).

### **III. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (S.I.J.P.).**

La ley 24.241 instituyó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones que cubre las contingencias de vejez, invalidez y muerte (art. 1). Se trata de un sistema previsional mixto: de reparto, cuyas prestaciones están a cargo del Estado (arts. 1 y 16); y de capitalización, en el que las prestaciones son efectuadas por las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, o por aseguradoras con quien el afiliado contrata y sustituye entonces a aquellas (arts. 1, 40, 101 y 105), que invertirán los aportes obligatorios de sus adherentes: trabajadores dependientes o autónomos.

Dichas inversiones se realizarán operando en los mercados financieros locales o internacionales, las que deberán realizarse con criterios de seguridad y rentabilidad (art. 74).

La afiliación de trabajadores dependientes y autónomos es obligatoria (art. 2), con las excepciones previstas en la ley (art. 3). Sin embargo, cada persona es libre de elegir el régimen de jubilaciones a que desee incorporarse, sea el de reparto o el de capitalización; y en este último caso la administradora a la que desee afiliarse.

---

4 Rojt, Julio M., ob. cit., p. 4.

Los ingresos del S.I.J.P., pueden ser aportes o contribuciones (arts. 10 y 11). El aporte es el ingreso al que está obligado quien se incorpora al sistema y la contribución es el ingreso que debe efectuar el empleador de una persona en relación de dependencia. En el caso de trabajadores en relación de dependencia, el empleador actúa como agente de retención de los aportes

Las administradoras tienen como objeto único y exclusivo administrar el Fondo de Jubilaciones y Pensiones y otorgar las prestaciones y beneficios que establece la ley (art. 59).

El Estado ejerce una función garantizadora, pues si los mecanismos de transferencias de recursos resultan insuficientes, el Fondo de Jubilaciones y Pensiones se integra con recursos provenientes del Estado (arts. 83 inc. g, 124 incs. a y b); correspondiéndole completar la diferencia en los casos de deficiencia de rentabilidad del fondo (art. 90).

Si la administradora quiebra, como también si la aseguradora incumple, el Estado asume la obligación de integrar los capitales complementarios y de recomposición (art. 92 y 94), para ciertas prestaciones (retiro por invalidez y pensión por fallecimiento), componiéndose en estos supuestos en F.J.P con recursos estatales. De tal modo, detrás del sistema de capitalización aparece la responsabilidad garante del Estado.

En la reglamentación de ambos regímenes se ha puesto el acento en el régimen de capitalización; así como también se ha priorizado la protección penal de éste último, lo que se advierte en los capítulos 3, 4 y 5 del título que protegen intereses que sólo conciernen al régimen de capitalización. Por otro lado, la incriminación de conductas de funcionarios públicos (por ej. lo concerniente al indebido contralor de inversiones, depósitos o custodia de inversiones indebidos (art. 140 2da. parte), generará la responsabilidad "ex delicto" del Estado, de modo que éste aparece no sólo garantizando la rentabilidad

mínima del sistema privado, sino también soportando "in solidum" los daños y perjuicios provocados por quienes tienen a su cargo la administración del sistema<sup>5</sup>.

Por último, la autoridad de supervisión del régimen público de reparto, es la Administración Nacional de Seguridad Social (A.N.Se.S) -art. 36, 1ra. parte no vetada- y la del régimen de capitalización, la Superintendencia de Administradoras del Fondo de Jubilaciones y Pensiones -arts 117, 118 y 119-.

#### **IV. DELIMITACION Y UBICACION DE LOS DELITOS INCLUIDOS EN LA LEY 24.241.**

A los fines de una mejor delimitación del específico objeto de estudio que abordaré de aquí en más, dejaré constancia de las figuras penales que incluiré en el trabajo y de su ubicación dentro de la estructura brindada por la ley 24.241.

Esta normativa contiene seis libros referidos a: Primero, Sistema Integrado de Jubilaciones; Segundo, Disposiciones complementarias; Tercero, Consejo Nacional de Previsión Social; Cuarto, Compañías de Seguros; Quinto, Prestaciones no contributivas; y Sexto, Normas sobre financiamiento. El primero de ellos es el de mayor amplitud, pues contiene 155 artículos, no alcanzando la ley, en conjunto, a doscientas normas.

A su vez, el libro primero contiene cinco títulos, cada uno de ellos dividido en capítulos: I. Disposiciones generales; II. Régimen previsional público; III. Régimen de capitalización; IV. (carece de subtítulo); y V. Penalties.

---

5 Aida Tarditti, "Administración fraudulenta previsional (art. 140, párrafo 1, ley 24.241)", en Nueva Doctrina Penal, 1996 A, ed. del Puerto, p. 317/28.

Las conductas delictivas previstas por esta ley se encuentran insertas en el Título V referido a "Penalidades"; por lo que éste será abordado en el presente.

Cada uno de los capítulos que lo integran fija el bien jurídico tutelado por las distintas normas en él incluidas, que debe resultar afectado en alguno de sus diversos modos -lesión o puesta en peligro, según el ilícito de que se trate- para la configuración de los ilícitos.

El capítulo primero prevé los delitos contra la integración de los fondos al SIJP. Se establecen dos formas de conducta lesivas de dicho bien jurídico: 1) el incumplimiento del deber de información establecido por los incs. a), b), e) o i) del art. 12 y del art. 43, segundo párr. por parte del empleador (art. 132); 2) el incumplimiento del deber de actuar como agente de retención o percepción, del deber de depósito y evasión de aportes y contribuciones, mediante una remisión a la Ley Penal Tributaria (art. 133).

El capítulo segundo tutela la adecuada imputación de los depósitos al SIJP, puniendo la omisión de transferencia de los mismos (art. 134).

El tercero se refiere a los delitos contra la libertad de elección de las AFJP y prevé como delictivas diversas conductas que abarcan la no admisión de la incorporación de un trabajador a una AFJP o su traspaso a otra; su incorporación sin la pertinente solicitud; la baja de un trabajador del registro de afiliados incumpliendo los requisitos; la limitación del derecho de elección de la AFJP del trabajador mediante el empleo de cualquier tipo de abuso, ardid o engaño; y la adhesión engañosa de un trabajador a un servicio no establecido en la ley o la venta de cualquier otro servicio o producto (art. 135).

El capítulo cuarto comprende los delitos contra el deber de información, sea por omisión de suministrarla oportunamente al público, al afiliado, a la Superintendencia de AFJP o a la ANSES (art. 136), o por hacerlo falsa-

mente con el propósito de aparentar una situación patrimonial económica más beneficiosa (art. 137).

El quinto abarca los delitos contra el Fondo de Jubilaciones y Pensiones; de los cuales se discute doctrinariamente si revisten estructura culposa (arts. 138, 139 y 140), a excepción de uno que ha sido considerado doloso (art. 141). Dentro de los primeros se prevé la realización de diversas conductas: la calificación incorrecta de entidades financieras, bancarias o de títulos valores y depósitos a plazo fijo; la realización de una autorización de la oferta pública o de fondos comunes de inversiones, la admisión de cotizaciones, la determinación de los mercados o aprobación de las calificaciones efectuadas, todo ello cuando se hubiere realizado indebidamente; inversiones, depósitos o custodia indebidos; control indebido de los mismos; todas las cuales deben causar un perjuicio al Fondo de Jubilaciones y Pensiones y perpetradas por parte del responsable de cada una de dichas funciones. La figura dolosa comprende las mismas conductas anteriormente mencionadas, realizadas con el fin de obtener un beneficio indebido.

El capítulo sexto prevé el delito de incumplimiento de las prestaciones previsionales, pese a la existencia de debida intimación (art. 142).

Por último, el capítulo séptimo -que no será objeto de estudio de este trabajo- abarca las disposiciones comunes a los capítulos anteriores del título penalidades, el que contiene: una regla de desplazamiento de los delitos de esta ley (art. 143); las responsabilidades de los representantes de las personas jurídicas, cuando el delito se comete a través de ellas (art. 144); la pena que corresponde a los funcionarios públicos que hubieran intervenido en los delitos (art. 145); un delito autónomo para los funcionarios públicos, escribanos y contadores (art. 146); el procedimiento para efectuar las denuncias por parte de la autoridad de control pertinente (art. 147); la fijación de caución

real para la excarcelación o eximición de prisión de los delitos de esta ley (art. 148); el juez competente para intervenir en los hechos (art. 149); la separabilidad de las sanciones penales y administrativas (art. 150), éstas últimas reglamentadas en el capítulo siguiente.

Sin embargo, no corresponde concluir este punto sin aclarar que los delitos relativos a la seguridad social no se agotan con los establecidos en esta ley, sino que ellos deben completarse con los previstos en la ley 24.769 -arts. 7, 8 y 9-, a los que la ley 24.241 se remite expresamente -art. 133-.

## **V. DELITOS EN PARTICULAR.**

### **I. DELITOS CONTRA LA INTEGRACION DE LOS FONDOS DEL SIJP**

#### **A. INFRACCIONES AL DEBER DE INFORMACION.**

**Artículo 132:** Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año el empleador que, estando obligado por las disposiciones de esta ley, no diera cumplimiento a las obligaciones establecidas en los incisos a), b), e) o i) del art. 12 y del art. 43, segunda parte del presente. El delito se configurará cuando el obligado no diera cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los treinta días de notificada la intimación respectiva en su domicilio real o en el asiento de sus negocios.

#### **1. BIEN JURIDICO.**

La norma persigue el cumplimiento de los deberes de información que posee todo empleador frente a la autoridad de aplicación, mediante los cuales procura la debida identificación de los sujetos obligados.

Es una de las formas que adopta la ley a los fines de tutelar el bien

jurídico constituido por la integración de los fondos del SIJP. Dicho bien jurídico, que se encuentra fijado por el propio título, pone en claro cual es la finalidad que tiene en mira la ley al imponer el cumplimiento de los deberes allí establecidos: impedir la evasión de los aportes y contribuciones respectivas.

Ahora bien, tal finalidad intenta lograrse no sólo puniendo la evasión de los aportes y contribuciones (delito previsto por la ley 24.769); sino también penando toda conducta anterior que pueda tender a dicho fin, como la omisión de inscripción como empleador o de remisión de planillas de sueldos y aportes, pues a través de ellas la autoridad puede realizar "a posteriori" el control de la observancia del deber de depositar los aportes y contribuciones. De modo que el incumplimiento de estos deberes de información afectan la capacidad de control de la autoridad, en orden a la tutela de la integración de los fondos del S.I.J.P.

Por ello es que estas conductas constituyen, a mi juicio, actos preparatorios punibles de la evasión previsional, tema que más adelante trataré.

## **2. CARACTERÍSTICAS: delito especial propio, de omisión propia, instantáneo y de peligro abstracto.**

El art. 132 contiene tipos alternativos, pues prevé omisiones independientes entre sí, configurativas de diferentes delitos; basta con el incumplimiento de alguna de las obligaciones a que hace referencia por remisión a otras normas del mismo ordenamiento, para que el delito quede configurado.

Son delitos formales<sup>6</sup> o de mera actividad actividad<sup>7</sup>. Se consuman por

---

6 Siguiendo la distinción de Carrara -Programma, & 50, 2629, nota 2754 y 3045-, entre delitos formales y materiales, que considera que los primeros son aquellos que se consuman con una simple acción del hombre que basta, por sí sola, para violar la ley y los segundos son aquellos

la sola omisión de la conducta debida en las condiciones que establece la norma -pasados los 30 días de la intimación-, no requiriendo la producción de ningún resultado distinto separable del incumplimiento de la acción debida. Consisten en la mera infracción de un mandato de acción y se agotan en la

---

que para ser consumados tienen la necesidad de un determinado resultado que es el que viola la ley. Esta distinción ha sido atacada afirmándose que todo delito tiene un resultado representado por una modificación en el mundo exterior. Sin embargo, si bien todo delito tiene resultado, existe una diferencia entre el resultado del delito formal y el del delito material. En el primero el resultado está representado por un estado objetivo que si bien implica la consumación jurídica porque ya ofende el derecho protegido, sólo constituye un daño potencial para el bien material de que la acción pretende privar. En el delito material se exige para su consumación la privación real del bien material a que se refiere el derecho protegido por la ley penal y por lo tanto su resultado está representado por un estado objetivo distinto de la acción en sí que consiste en el daño efectivo del bien material -Nuñez, Tratado de Derecho Penal, T I, Córdoba, Lerner, 1976, p. 248/9-.

7 La distinción entre delitos formales y materiales se basa en la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, incluyéndose en los delitos de actividad a aquellos en los que el tipo de injusto se agota en una acción del autor, sin que haya de producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente; el sólo hacer alcanza ya el objeto de acción -Stratenwerth, Parte general, El hecho punible, Edersa, 1982, p. 77-. En igual sentido, Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, T I, Madrid, Civitas, 1997, p. 328. Cabe destacar que el resultado típico debe distinguirse del menoscabo al bien jurídico protegido, puesto que los delitos de actividad también contienen una lesión al bien jurídico -Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. I, Barcelona, Bosch, 1981, p. 357/8, Zaffaroni, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General, T III, Ediar, 1981, p. 258-.

no realización de la acción ordenada en la ley.

Además, y según su forma de afectar el bien jurídico, son delitos de peligro abstracto<sup>8</sup>. Es decir que no requieren una efectiva lesión a los fondos del S.I.J.P.; la sola omisión ofende el derecho protegido, pues originan un daño potencial para dichos fondos<sup>9</sup>.

Por otro lado, constituyen delitos instantáneos<sup>10</sup>, pues la consumación se produce y agota en un sólo momento, representando un sólo acto consumativo. Ello surge de los términos de las obligaciones de actuar omitidas, ya que éstas imponen actuar en un momento determinado, de modo que el deber de obrar se agota en esa oportunidad<sup>11</sup>.

Se trata de delitos de omisión propia, aunque debo aclarar -atento la variedad de criterios que sustentan esta clasificación- que incluyo en esta

---

<sup>8</sup> Estos han sido conceptualizados en la doctrina como aquellos en los que basta para su punibilidad la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. En ellos el comportamiento -o la omisión- correspondiente implica típicamente un peligro, ya que los indicios de peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante con la propia ley.

<sup>9</sup> Este tipo de delitos puede acarrear objeciones desde el punto de vista constitucional, cuestión que será abordada más adelante de un modo específico.

<sup>10</sup> Ello va a tener relevancia en distintos aspectos, tales como la prescripción de la acción, la sucesión de leyes en el tiempo, la participación, etc.

<sup>11</sup> Nuñez, Tratado T I. p.252/3.

categoría a aquellos que están previstos de modo omisivo por la ley penal, por oposición a los impropios que no están tipificados en la ley misma como de omisión<sup>12</sup>. Conforme la posición adoptada, la diferencia entre ambos, no posee carácter material, sino de derecho positivo.

Sin embargo, las omisiones pueden distinguirse entre sí con arreglo a diversos criterios y la opción por una u otra perspectiva dará lugar a importantes diferencias en punto a la clasificación correspondiente<sup>13</sup>.

Así, con relación a la norma en examen a igual solución llega el criterio que identifica a los delitos de omisión propios con los de pura actividad y los impropios con los de resultado<sup>14</sup>, pues el delito en estudio no exige la produc

---

12 En tal sentido Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, ed. Jurídica de Chile, 1987, pag. 279; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Ariel, 1989, pag. 243, con cita de Armin Kaufmann; Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General*, I, *El hecho punible*, cit., p.290/1, entre otros.

13 Un estudio exhaustivo del tema lo hace Silva Sanchez, Jesús María, quien destaca la existencia de seis soluciones bipartitas que se apoyan en: 1) infracción de mandatos o prohibiciones; 2) tipificación legal expresa o no; 3) la infracción de deberes de actividad o deberes de evitación del resultado; 4) el paralelismo con los delitos de mera actividad o de resultado; 5) la ostentación por el sujeto de una posición de garante o no; y 6) la equivalencia con la comisión o no; y otras soluciones tripartitas -Delitos de omisión; concepto y sistema, Barcelona, Bosch, 1986, p. 311/371-.

14 En tal sentido, Jescheck considera que los delitos de omisión propios son hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, por lo que la producción

ción de resultado alguno.

Por el contrario, distinta sería la conclusión para quienes distinguen la omisión propia de la impropia en base a la posición de garante<sup>15</sup>, pues para esta doctrina la figura en estudio configura un delito de omisión impropio, dado que sólo puede ser cometida por quien tiene a su cargo el deber de garantizar la integridad del bien jurídico tutelado -integración de los fondos al SIJP-, cuya fuente es la ley, en atención a que las personas obligadas surgen de la propia normativa citada.

Por último, cabe señalar que hay quienes proponen una división tripartita apreciada desde múltiples perspectivas -político criminales, axiológicas, jurídico positivas, estructurales- que importan la superposición de los diversos puntos vista, entre omisiones puras y generales, omisiones puras de garante y comisión por omisión<sup>16</sup>, a la luz de la cual este delito revestiría distintas categorías.

El art. 132 posee una estructura específica común a todos los delitos omisivos, en la que el tipo objetivo contiene los siguientes elementos: una

---

del resultado no conforma un elemento del tipo; mientras que los de omisión impropios son aquellos en los que se impone al garante un deber de evitar el resultado, por lo que la producción de éste pertenece al tipo -Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol.II, cit., p. 832/33-.

15 Así, Zaffaroni, para quien en los delitos de omisión propios el autor puede ser cualquiera, mientras que en los impropios el autor se encuentra en posición jurídica de cuidador, conservador o evitador de peligros al bien jurídico -Tratado de Derecho Penal, T III, cit., pag. 459-.

16 Silva Sanchez, ob.cit. p. 334.

situación típica o generadora del deber de actuar, la realización de una conducta distinta de la ordenada y el poder de hecho o posibilidad física de realización de la conducta debida<sup>17</sup>, todos los cuales serán, seguidamente, objeto de análisis, en función del tipo penal en estudio.

Además, resulta de especial trascendencia en este tipo penal, lo referido a la autoría desde una doble perspectiva<sup>18</sup>. Por un lado, puesto que en esta figura omisiva la posición de garante está expresamente establecida, de modo que se sabe de antemano quien deberá responder por el incumplimiento del mandato de acción<sup>19</sup>. Por otro lado, al tratarse de un delito especial propio, las circunstancias del autor determinan el surgimiento del deber, integrando

---

17 Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte Gral.*; ed. Temis Ilanud, 1984, pág. 226; Bustos Ramírez, Juan; ob. cit. pág. 244 y 245; Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte Gral., T III, cit., pag. 454, entre otros.*

18 Al tipo objetivo pertenece siempre la mención del sujeto activo del delito -Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T I, cit., p. 304-*.

19 Al respecto cabe destacar que la posición de garante es un elemento que caracteriza los delitos impropios de omisión -de allí que algunos han fundado la distinción entre ambos en dicho criterio-, pero que no es privativo de ellos. En la mayoría de los delitos propios de omisión, a diferencia del que es objeto de estudio, autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica; sin embargo en algunos casos, como sucede con esta figura, sólo puede ser autor la persona que revista las condiciones exigidas por el tipo; pues también en los delitos de omisión propia cabe encontrar elementos de garante -Jescheck, ob. cit., vol. segundo, p. 834, nota 48-.

el sujeto activo el tipo objetivo.

Desde otro ángulo, este delito reviste el carácter de ley penal en blanco, cuyo alcance y consecuencias serán analizadas en uno de los elementos del tipo objetivo: el que especifica la conducta debida.

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de delitos dolosos que admiten tanto la forma directa como la eventual.

Seguidamente se abordarán los distintos tipos alternativos que prevé el art. 132, estudiando en un primer momento, los elementos que son comunes a ellos y, en un segundo momento, las características específicas de cada uno de ellos, pues obviamente difiere la acción debida y también la reglamentación vigente respecto de cada uno.

### **3. TIPO OBJETIVO.**

#### **3.a) ELEMENTOS TÍPICOS COMUNES A LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DELICTIVAS DEL ART. 132.**

##### **a)1) Sujeto activo.**

Comenzaré con el análisis del sujeto activo aclarando que, al igual que con todos los elementos comunes de las tipicidades alternativas del art. 132, lo que se diga al respecto será aplicable a todas las figuras contenidas en esta norma y no se volverá a repetir al abordar el análisis de los distintos incumplimientos.

Conforme el art. 132, solo puede ser autor el empleador. Concordantemente, él es el obligado al cumplimiento de las conductas contenidas en los arts. 12 y 43 2da. parte, a las que el tipo penal en estudio remite. De modo que la referencia a un determinado círculo de autores posee su correlato con aquellos sujetos que en el ámbito del derecho administrativo se les impone las

obligaciones respectivas.

Como ya adelantara, esta limitación en la esfera de posibles autores conlleva la categorización de delito especial. Ahora bien, dentro de esta clase de delitos, suele distinguirse, según la fundamentación que sustenta el círculo de autores, entre: a) tipos en los que el sujeto agente se encuentra en una especial posición jurídica, y b) tipos en los cuales el sujeto activo está destacado por una especial posición ajurídica o social<sup>20</sup>. Si se atiende a ella, resulta claro que la norma en estudio se nutre en la hipótesis a), porque es la especial posición que reviste en su condición de empleador, la que lo coloca frente al deber jurídico de cumplir con las obligaciones referidas en el art. 12, cuya omisión ha sido elevada a la categoría de delito a través de la norma en estudio.

En estos delitos, el legislador, a partir de la posición concreta del individuo en la sociedad y frente al ordenamiento jurídico, hace recaer sobre el mismo la responsabilidad "principal" de salvaguarda de un determinado bien jurídico.

Los empleadores ocupan una situación de deber diversa de los demás, se encuentran en una situación jurídica distinta de la generalidad, con relación al bien jurídico que se pretende tutelar que es la integración de los fondos al SIJP, y de allí que para ellos se prevé un injusto que no alcanza a otras personas.

Cabe destacar que su condición de delito omisivo en nada afecta lo expuesto pues los delitos de omisión admiten, al igual que los delitos de acción, la distinción entre comunes y especiales, según que cualquiera pueda

---

20 Maiani, "In tema di reato proprio", pags. 8 y 9, Giuffré, 1965, cit. por Quintero Olivares, Gonzalo, "Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Español", Barcelona, ed. Cymus, 1974, pag. 16.

omitir la conducta exigida o bien se trate de una obligación de actuar que sólo pueden violar determinadas personas<sup>21</sup>, como sucede con el tipo en análisis.

Más específicamente, estamos en presencia de un "delito especial propio" por cuanto la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, pues faltando la condición de empleador, el delito no puede ser cometido<sup>22</sup>.

El concepto de empleador es un elemento normativo del tipo, pues debe recurrirse a otra rama del orden jurídico para fijar su alcance, más delimitadamente al derecho laboral, aunque teniendo en cuenta las pautas que nos brinda esta misma ley.

La ley de contrato de trabajo (ley 24.744, texto ordenado por dec. 390/76, del 13/5/76, B.O. 21/4/76), en el título II, capítulo II, referido a los sujetos del contrato de trabajo, dispone que se considera "empleador" a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador (art. 26). De la mencionada ley surge también que el empleador posee facultades de organización, dirección y disciplinarias (arts. 64, 65, 66 y 67). Este es, entonces, el alcance que

UISA  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

---

21 En tal sentido, Schmidhauser, cit. por Quintero Olivares, ob. cit., pag. 21.

22

22 Por oposición a los delitos especiales impropios donde la calidad especial posee únicamente la virtud de agravar la pena del autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común que sería comisible por cualquier otra persona que no tuviera la calidad especial-Quintero Olivares, ob. cit., pag. 31; Roxin, Derecho Penal. Parte General, T I, cit., p. 338; Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol I, cit., 1981, p.361; Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Barcelona, PPU, 1990, p. 221.

corresponde brindar al sujeto activo del delito.

Sin embargo, ello no está exento de dificultades. Así, otra cuestión a establecer es si dentro del concepto de empleador puede incluirse al Estado Nacional. Ello, en atención a que la última parte del art. 12 de la ley 24.241 dispone que las reparticiones y organismos del Estado mencionados en el apartado 1. del inc. a) del art. 2, están también sujetos a las obligaciones enumeradas precedentemente<sup>23</sup>.

Algunos autores incluyen como empleadores no sólo al que actúa como tal en el ámbito privado, sino también al Estado Nacional -a través de sus reparticiones y organismos centralizados, descentralizados y autárquicos, de las sociedades en que tenga mayoría o las de economía mixta o de las obras sociales del sector público-, puesto que a él también le compete la observancia de los deberes impuestos en el art. 12 -por la expresa mención efectuada en el último párrafo- y del art. 43 -ya que los dependientes mencionados en el art. 2 cuentan con la opción por el régimen de capitalización o de reparto<sup>24</sup>.

Comparto esta posición y entiendo que corresponde incluir a las personas enunciadas en la última parte del art. 12 como posibles sujetos activos,

UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

23

23 Comprende a las reparticiones u organismos centralizados, descentralizados o autárquicos del Estado Nacional, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales y obras sociales del sector público.

24

24 Tarditti, Aída, Régimen penal previsional, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, vol. 4, nro. 2, año 1996, p. 210.

puesto que las reparticiones y organismos del Estado mencionados en el apart. 1 del inc. a) del art. 2 encuadran en el concepto de empleador, elemento normativo del tipo cuyo alcance brinda la ley de Contrato de Trabajo, razón por la cual cabría concluir que el legislador, con la aclaración del art. 12 última parte pretendió no dejar duda alguna al respecto.

Se dejó asentado que tanto el art. 132 de la ley 24.241, como el art. 12 fijan el alcance de los posibles autores, al referirse al empleador. Sin embargo, cabe tener en cuenta también la R.G. D.G.I. nro. 10 (B.O. 25/8/97) que especifica, aún más, quiénes pueden ser alcanzados por la obligación.

Según el art. 1 de la citada resolución, los sujetos obligados son los responsables mencionados en el art. 15 de la ley 11.683: a) las personas de existencia visible, capaces o incapaces según el derecho común; b) las personas jurídicas según el código civil, y las sociedades, asociaciones y entidades a las que el derecho privado les reconoce la calidad de sujetos de derecho; c) las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan las calidades previstas en el inciso anterior, y aún los patrimonios destinados a un fin determinado cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible; d) las sucesiones indivisas cuando las leyes tributarias las consideren como sujetos para la atribución del hecho imponible, en las condiciones previstas por la ley respectiva.

Al respecto sólo cabe aclarar que mediante el decreto 821 -13/7/98, publicado el 20/7/98- se ha aprobado el texto ordenado de la ley 11.683, según el cual la norma del art. 15 que preveía a los responsables por deuda propia, se encuentra contenida en el art. 5.

Dichos sujetos, a los fines de solicitar la inscripción (y/o altas o informar sobre modificación de datos) en carácter de contribuyentes y/o responsa-

bles de impuestos, regímenes de retención, percepción o información y **recursos de la seguridad social**, deben observar las disposiciones de dicha resolución general.

**a)2) Situación típica o generadora del deber de actuar.**

a) Momento a partir del cual surge la obligación de realizar la conducta debida.

Este elemento del tipo objetivo también resulta común a las figuras alternativas previstas por la norma objeto de examen, razón por la cual lo que se diga en este punto, alcanza a todas ellas.

La situación típica es aquella que permite deducir en cada caso el concreto contenido del deber de actuar, es decir la situación de hecho de la que surge la obligación de realizar una determinada acción.

Si bien, los delitos omisivos describen en distinta medida las circunstancias particulares de las que surge el deber de actuar, en esta figura penal tales circunstancias se encuentran expresa y específicamente fijadas por el propio tipo.

Así, la norma prevé como requisito para la configuración de los delitos, la existencia de una intimación previa, por parte de la autoridad de aplicación, sin la cual no se conforma la tipicidad objetiva.

Dicha intimación es la situación de hecho que genera el deber de actuar o mandato de acción, pues a partir de ella y hasta transcurridos treinta días, el obligado deberá cumplir la acción que es objeto del deber.

Sin embargo, corresponde efectuar la siguiente aclaración. La situación generadora del deber de actuar debe representar, en todos los casos, un peligro para el bien jurídico<sup>25</sup>. En cuanto al origen del peligro, suele distinguir

---

25 Bacigalupo, Manual, cit., p.227; Silva Sanchez, El delito de omisión. Concepto y sistema,

se entre fenómenos naturales o humanos, ya sean éstos de la propia víctima o de terceros. En este caso la iniciación de dicho riesgo se debe a un hecho humano de un tercero, pues está fijada por la intimación que efectúa la D.G.I.

En tal inteligencia y desde una perspectiva cuantitativa, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuándo nos hallamos ante una medida de peligro suficiente para hacer típicamente requerida la intervención del sujeto?. La cuestión no admite duda cuando se trata de una probabilidad inminente de producción del resultado de lesión o de peligro concreto para el bien jurídico. Sin embargo, aplicados los principios generales a ésta figura, se observa que el mandato de acción surge de la intimación, pero dado que el deber de actuar puede cumplirse dentro del término de 30 días, la no realización de la conducta en momentos anteriores al transcurso de los 30 días, no puede estimarse aún omisión.

Ello genera el siguiente interrogante: ¿cabe afirmar la presencia de una situación de peligro para el bien jurídico desde la realización de la intimación por parte de la D.G.I.?

Nótese que ante una respuesta negativa, el límite del comienzo del peligro podría fijarse el día anterior al vencimiento del plazo, o el mismo día del vencimiento o incluso, ir avanzando hasta llegar al minuto anterior o al segundo anterior al agotamiento del término, pues podría considerarse que es aquí donde se configura la probabilidad inminente de afectación -bajo la forma de peligro- del bien jurídico tutelado, que es la integración de los fondos del S.I.J.P.

A mi juicio, sin embargo, la línea divisoria debe colocarse en el acto intimatorio, pues dicha diligencia administrativa, evidencia el previo vencimiento de un plazo para cumplir con la obligación, lo que refleja -una vez

---

cit., p. 283.

practicada aquélla- una situación de peligro para el bien jurídico, de modo que puede afirmarse que a medida que se acerca el agotamiento del término de 30 días previsto por la ley penal, ese peligro va en aumento.

La situación típica, es decir la intimidación, constituye, entonces, un peligro de peligro para el bien jurídico.

Desde otro ángulo y si se toma una perspectiva cualitativa del peligro, surgen otras cuestiones a dilucidar. En este aspecto corresponde fijar el sentido de la expresión situación de peligro para el bien jurídico, pues él puede ser tomado desde dos puntos de vista. Desde uno, se alude a una concurrencia real de peligro efectivo para el bien jurídico, lo que sólo sería constatable a través de un juicio ex-post. Desde otro, la situación de peligro se entiende en el sentido de apariencia ex-ante del referido riesgo para el bien jurídico<sup>26</sup>, lo que importa afirmar que la existencia o no del peligro típico se decide en el momento en que el sujeto aún no ha comenzado a actuar y puede optar entre hacerlo en una u otra dirección.

Al respecto cobra entidad nuevamente la categoría otorgada a este delito: de peligro abstracto; pues es la ley la que presume, a partir de la intimidación, que se ha puesto en peligro el bien jurídico, por lo que me remito aquí nuevamente al punto en el que trataré lo referido al carácter que debe poseer dicha presunción, adelantando sin embargo que el sujeto podrá probar que ex-ante, es decir al momento en que aún no ha comenzado a actuar, ese peligro no existió.

### **a)3) Intimidación y condiciones de validez.**

---

<sup>26</sup> Ver al respecto los fundamentos brindados por Silva Sanchez relacionados con la concepción de las normas penales como directivas de comportamientos, en ob. cit., p. 284.

Seguidamente, trataré las características que debe poseer la intimación, para que tenga efectos en el ámbito penal.

En lo referido a quién es el órgano encargado de realizarla, ninguna duda cabe que es la D.G.I. Sin embargo, la circunstancia de que la intimación proceda del organismo legítimamente facultado para llevarla a cabo no resulta suficiente para conferirle eficacia en el ámbito penal, pues ella debe reunir determinadas exigencias de validez. Algunas de ellas están prescriptas por el propio art. 132 y otras surgen de principios generales de derecho penal que nutren también a este elemento en su condición de parte integrante del tipo objetivo.

Entre las primeras se encuentra el requisito referido al lugar donde debe realizarse: dice la ley que es en el domicilio real o en el asiento de sus negocios.

El domicilio real es el establecido por los arts. 89 y 94 del Código Civil, es decir aquél donde posee el asiento principal de su residencia o de sus negocios<sup>27</sup>.

Si bien la ley no efectúa distinción alguna, tratándose de personas jurídicas, la notificación debe practicarse en el domicilio legal, que es donde funcionan sus direcciones o administraciones principales, si en el estatuto o

---

27 Rojt plantea el caso de quien es intimado por diligencia en el expediente realizado en la misma dependencia y no cumple dentro del plazo y considera que la conducta es atípica porque la notificación no se produjo en los domicilios indicados legalmente, por lo que no se cumplimentan los requisitos impuestos por el tipo, dado que se trata de un aspecto del mismo y no de una mera oportunidad de desistimiento; agregando que la entrega en el domicilio obliga a entregar una copia que asegura su conocimiento, lo que no sucede en el caso de constancia en el expediente -El régimen penal previsional, cit., p. 117-.

en la autorización que se les dió no tuviesen otro señalado, por aplicación de los arts. 44 y 90 inc. 3 del Código Civil.

Los requisitos que hacen a la validez de la intimación no previstos expresamente por la norma en estudio, pero que surgen de su carácter de ley penal, son los que a continuación se señalarán.

La notificación de la intimación debe ser personal, a fin de reunir certeza de su arribo a destino, pues no pueden quedar dudas acerca de su conocimiento por parte del destinatario.

Además debe ser fehaciente, pues en materia penal no se admite la presunción de su conocimiento. En este sentido, también cabe exigir que se trate de una notificación cierta que permita fundar la existencia del aspecto subjetivo de la tipicidad.

Debe expresar la fecha en que se realiza, a fin de que pueda computarse el término dentro del cual procede el cumplimiento de la obligación.

También debe aludir al objeto de la misma, es decir la obligación a cuyo cumplimiento se intima, lo que hace a una correcta individualización de su finalidad.

Debe contener el destinatario o persona a quien se dirige, pues no pueden quedar dudas acerca del sujeto obligado.

Por último, corresponde exigir que se incluya en ella la aclaración del organismo que la realiza y lugar donde ha de cumplirse con la obligación<sup>28</sup>.

---

28 Rojt agrega otros requisitos a la intimación: a) que se dicte la resolución intimatoria recién vencido el plazo general de cumplimiento de la obligación de que se trate; b) que opere como elemento del tipo recién luego de sustanciadas todas las impugnaciones que puede haber en sede administrativa, ya que puede ser errónea por diversos motivos; c) que la intimación y su notificación se dicten y diligencien precisamente por la autoridad de aplicación; d) que haya