

**Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales y Políticas
UNNE**

XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas

2022

Corrientes - Argentina





Dirección General

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – UNNE
Dr. Mario R. Villegas

Dirección Editorial

Secretaria de Ciencia y Transferencia
Dra. Lorena Gallardo

Coordinación editorial y compilación

Dra. Lorena Gallardo
Esp. Martín M. Chalup

Asistentes – Colaboradores

Lic. Agustina M. Bergadá
Abg. M. Benjamin Gamarra,
Mg. María Belén Mattos Castañeda
Abg. Lucía M. Sbardella

Fotografías

Nicolás Gómez

Edición

Secretaría de Ciencia y Transferencia
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas
Universidad Nacional del Nordeste
Salta 459 · C.P. 3400
Corrientes · Argentina

Comisión Evaluadora

Dr. Agustín Carlevaro
Dr. Daniel Denmon
Esp. Elena Di Nubila
Dr. Hernan Grbavac
Dra. Lorena Gallardo
Abg. M. Benjamin Gamarra
Dr. Mauricio Goldfarb

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE

XVIII Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE / compilación de Lorena Gallardo; Martín Miguel Chalup; coordinación general de Lorena Gallardo. - 1a edición especial - Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3619-82-3

1. Derecho Ambiental. 2. Derecho Administrativo. 3. Derecho. I. Gallardo, Lorena, comp. II. Chalup, Martín Miguel, comp.

CDD 340.07

PENALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA

Sassón, Isidoro

i_sasson25@hotmail.com

RESUMEN

El art. 310 -primer párrafo- del Código Penal argentino, castiga el delito de intermediación financiera no autorizada. El antecedente de esta infracción se encuentra en el art. 38 de la Ley de Entidades Financieras 21.526 y la doctrina penal no es uniforme en la determinación del bien jurídico tutelado por este delito. Esta cuestión tiene relevancia para determinar el fundamento, sentido y alcance de la prohibición penal. En los párrafos siguientes se examinan los antecedentes de esta figura penal y las distintas posiciones en torno al bien jurídico protegido.

PALABRAS CLAVE

Actividad, bancaria, marginal.

INTRODUCCIÓN

Por medio de la sanción de la Ley 26.683 (B.O. 21/06/2011) se incorporó al Código Penal argentino el Título XIII denominado: Delitos contra el orden económico y financiero. Forma parte de este Título el art. 310 que se agregó a través de la sanción de la Ley 26.733 (B.O. 28/12/2011). Esta disposición legal contiene tres figuras penales: en el primer párrafo, se individualiza la conducta de intermediación financiera no autorizada, en el segundo párrafo, las acciones consistente en: captar ahorros del público en el mercado de valores o prestar servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables sin contar con la autorización emitida por la autoridad competente y en el tercer párrafo se dispone la agravante por la utilización de cualquier procedimiento de difusión masiva. El objetivo de esta comunicación es examinar los antecedentes de la sanción de la conducta de intermediación financiera no autorizada y determinar el bien jurídico protegido por esta figura penal.

MÉTODOS.

Por tratarse de problemas de dogmática jurídica, el método adecuado es la hermenéutica, que tiene por objeto las disposiciones legales y constitucionales aplicables a la materia, con la finalidad de comprender y explicar sistemática y fundadamente el sentido y alcance de las normas para su debida aplicación. Se recurre a fuentes de información legislativa, bibliográfica y jurisprudencial que se refieren y vinculan con el Derecho penal económico y el delito de intermediación financiera no autorizada.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Con anterioridad a la incorporación del delito de intermediación financiera no autorizada al Código Penal argentino, la sanción de esta conducta se encuentra prevista en el art. 38 de la Ley de Entidades Financieras 21.526 (B.O. 21/02/1977) en los términos de una infracción administrativa abarcada por el Derecho administrativo sancionador. Por su intermedio se sanciona la denominada banca de hecho o marginal que se constituye cuando personas no autorizadas realizan operaciones de intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros o actúan en el mercado del crédito, es decir, por fuera del control y supervisión del Banco Central de la República Argentina. El sentido de esta infracción, que faculta al Banco Central a disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y aplicar las sanciones previstas en el artículo 41, se corresponde con las condiciones y exigencias dispuestas por la Ley de Entidades Financieras para operar en el mercado del crédito. En este sentido, se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 21.526 las personas o entidades, públicas o privadas, oficiales o mixtas, de la Nación, provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros (art.1). El Banco Central de la República Argentina constituye la autoridad que tiene a su cargo

la aplicación de la Ley 21.526 y cuenta además con potestades para dictar las normas reglamentarias que fueren necesarias para su cumplimiento y para ejercer la fiscalización de las entidades que se encuentran comprendidas en el ámbito de su aplicación (art. 4). Precisamente, por estos motivos, estas entidades para iniciar la ejecución de sus actividades deben contar con la autorización previa del Banco Central (art. 7), quien a los fines de otorgar el permiso debe evaluar la conveniencia de la iniciativa, las características del proyecto, las condiciones generales y particulares del mercado, los antecedentes y responsabilidades de los solicitantes y la experiencia en la actividad financiera (art. 8). El Estado, por medio del Banco Central, tiene el monopolio del permiso para que las personas o entidades privadas o públicas actúen en el mercado del crédito dictando el marco normativo por medio del cual se reglamenta el desarrollo de las actividades de intermediación financiera.

La infracción administrativa prevista por el art. 38 de la Ley de Entidades Financieras además de constituir el antecedente inmediato del delito previsto en el art. 310 del Código Penal tiene importancia para definir la conducta que es objeto de penalización. La interpretación del delito de intermediación financiera no autorizada no debe practicarse al margen de las disposiciones de la Ley 21.526, que tiene por función regular el ejercicio de la actividad de los bancos que se encuentran autorizados para realizar operaciones de intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros. En este sentido, la conducta prohibida por el art. 310, se corresponde con la de quien intermedia en forma habitual y lucrativa entre la demanda y oferta de recursos financieros. Lo que caracteriza a este delito, que se corresponde con la idea de interposición lucrativa en el mercado del crédito, es que el autor no intermedia con recursos financieros propios. Su actividad entrelaza un conjunto de operaciones pasivas (captación del recurso financiero) y activas (colocación de los recursos que fueron captados). Estas operaciones se vinculan unas a otras generando una relación de dependencia teleológica en la cual el intermediador, por una parte, capta los recursos financieros de los oferentes, quienes reciben un plus por los recursos que entregan y, por otra, coloca en los demandantes los recursos financieros captados, quienes, a su vez, pagan un interés por los recursos recibidos. La diferencia entre el interés que paga el demandante del recurso y el plus que se abona al oferente del recurso, constituye el beneficio del intermediador. Por medio del art. 310 del Código Penal se penaliza la conducta de quien ejecuta operaciones que son propia de la actividad de los bancos y que están dadas por la entregar a crédito de los recursos financieros que se reciben de los inversores o ahorristas. La doctrina penal no es uniforme cuando explica el interés o bien jurídico que es objeto de protección por parte del delito de intermediación financiera no autorizada. En esta cuestión se encuentran distintas posiciones a partir de las cuales se interpreta el sentido y alcance que debe tener el tipo penal.

Desde un punto de vista, la agravante prevista en el tercer párrafo del art. 310, permite sostener que lo que se pretende proteger es el patrimonio del inversor (Orce, G., 2013). Para esta posición, la persona que publicita sus servicios se encuentra más expuesto a ser descubierto. Esta circunstancia determina que disminuyan las posibilidades de desarrollar una actividad regulada por el Estado sin ser descubierto por la autoridad y de actuar en el mercado del lavado de dinero. Lo único que incrementa la publicidad es la posibilidad de captar clientes y esto parecería ser lo protegido por la norma. Si cuanto más clientes se convocan más se incrementa la pena, por la elevación del mínimo a dos años de prisión, lo protegido debería ser el patrimonio de los clientes. En este orden de ideas se concluye, que una interpretación del delito que pretende ser respetuosa de los principios constitucionales del daño (art. 19 C.N), de mínima intervención y de proporcionalidad de las penas debe propender a aplicar el tipo penal no como un delito de mera desobediencia formal, sino como un caso en el hubo algún peligro de lesión de alguna clase en el patrimonio del inversor. Por lo tanto, los casos que no dañen el patrimonio, no laven dinero, ni sustraen fondos al Fisco no deberían ser subsumidos en este tipo penal sólo porque el autor no realizó un trámite ante una autoridad administrativa.

Desde otro punto de vista, el delito de intermediación financiera no autorizada, castiga el desarrollo de actividades financieras sin contar con el permiso de la autoridad administrativa competente y por lo tanto por fuera de sus potestades de control y supervisión. Al encontrarse regulada la actividad de los bancos, consecuentemente, se prohíbe la constitución de un sistema financiero marginal o paralelo. En este sentido (para Aftalión, E., 1979) el buen funcionamiento del sistema bancario y financiero es uno de los requisitos *sine qua non* para el exitoso desenvolvimiento de la economía de un país. Si acepta el principio de que los gobiernos no pueden menos que intervenir en los procesos económicos y planearlos para promover el desarrollo y tender hacia una opulencia equitativamente compartida, se debe concluir que una eficaz

implementación, no solo de las regulaciones bancarias sino de todas las instituciones y normas que configuran el planeamiento económico de un país (derecho económico), constituye un bien jurídico, el orden público económico, acreedor de la tutela del derecho. Desde esta perspectiva, el delito previsto en el primer párrafo del art. 310 tiene por objeto la tutela del subsistema financiero, como parte del orden económico, que se constituye a través del mercado del crédito que se encuentra regulado por Ley de Entidades Financieras y bajo el control y supervisión del Banco Central. Por medio de este delito se estaría protegiendo la potestad de la administración de otorgar permisos para que las personas desarrollen actividades de intermediación financiera, reduciéndose el ilícito a la infracción formal de ejecutar actividades regladas sin el permiso de la autoridad competente.

Pero es posible comprender que el tipo penal no se reduce a tutelar la potestad de la administración que tiene el monopolio de la concesión del permiso para actuar en el mercado del crédito sino que también, por medio de un delito de peligro abstracto, se persigue asegurar fines públicos de trascendencia, como es la canalización del crédito hacia las formas institucionalizadas del mercado del crédito, que termina en beneficio del funcionamiento de la economía en general (Guzmán, N., 2014). El sentido de la prohibición se corresponde con la idea de evitar que mediante la captación de los ahorros públicos se sustraigan los recursos del sistema financiero formal por medio del cual se canaliza el crédito como condición necesaria del desarrollo económico del Estado. En este orden de ideas no habría razones para concluir que la comisión del delito requiere un peligro para el patrimonio del público inversor, desde el momento que, con indiferencia de esta circunstancia, al captarse los recursos financieros por fuera del sistema formal, se afectan las condiciones del desarrollo económico con potenciales perjuicios para el conjunto de la economía. Las garantías del público inversor se encuentran cuando se colocan los recursos en el sistema financiero formal que se desarrolla sometido al control y supervisión del Estado. La función del delito de intermediación financiera, que protege un bien jurídico de carácter colectivo, no es la de prevenir perjuicios al patrimonio individual sino la de evitar conductas riesgosas para el orden económico financiero del Estado, que por medio de su regular y adecuado funcionamiento garantiza la disposición de los bienes jurídicos personales.

CONCLUSIÓN.

La intermediación financiera no autorizada pasó de ser sólo una infracción administrativa sancionada por el Derecho Administrativo sancionador a constituir además un delito previsto en el primer párrafo del art. 310 del Código Penal. Si para la sanción de esta conducta basta con las normas del Derecho administrativo o si además resulta necesario recurrir a la pena, es una cuestión siempre sujeta al debate de si constituye una acción con entidad suficiente para justificar que el Estado recurra al Derecho penal como instrumento de *última ratio*. Pero sin perjuicio de la posición que se adopte en esta cuestión, la decisión de intensificar la protección de un bien jurídico por medio de la amenaza de la pena, forma parte de la competencia del legislador como expresión de la política criminal que por regla no está sujeta a revisión judicial (Sancinetti, M.A, 2005).

Las distintas posiciones que se desarrollan en la doctrina penal respecto del bien jurídico tutelado por el delito de intermediación financiera no autorizada expresan los distintos puntos de vista respecto del contenido del Derecho penal económico. En este sentido, la idea que vincula este delito a la protección de bienes jurídicos individuales, se relaciona con la noción de Derecho penal económico en sentido amplio por oposición a la que lo relaciona con la tutela de bienes jurídicos colectivos que se corresponde con el sentido *stricto* de esta noción.

Si se comprende al Derecho penal económico, conforme lo entiendo, en sentido *stricto*, el delito de intermediación financiera no autorizada, tiene por función la protección de un bien jurídico colectivo, por medio del cual, se aseguran las condiciones de disponibilidad de los bienes jurídicos individuales. Desde este punto de vista, la prohibición de la constitución de una banca de hecho o marginal, se corresponde con la idea de fomentar la canalización de los ahorros públicos a través del mercado formal del crédito, orientado a la colocación de las inversiones que reciben los bancos, bajo normas de seguridad para quienes invierten sus ahorros, en beneficio del desarrollo del orden económico del Estado. En este sentido, la tutela del subsistema financiero, no demanda que se afecten bienes jurídicos individuales sino evitar la ejecución de acciones que constituyen riesgos para el adecuado funcionamiento del sistema financiero que se encuentra bajo la competencia del control y fiscalización del Estado y al servicio del desarrollo de la

economía. La observación a la magnitud de la pena con que se conmina a este delito, debe resolverse con aplicación del principio de proporcionalidad como cuestión distinta a la legitimidad constitucional de los delitos de peligro abstracto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aftalión, E. (1979). *Acerca del derecho penal bancario y financiero* (T. B, pp.820-830). La Ley.
- Guzmán, N., (2014). *Delitos en el mercado financiero*. Hammurabi.
- Orce, Guillermo, (2013). La Criminalización de la Falta de Autorización Para Ser Intermediario Financiero. En *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, (12, pp. 660-664). Hammurabi.
- Sancinetti, M.A. (2005). *Casos de Derecho penal, Parte general*, (1, 3era ed. reelaborada y ampliada). Hammurabi.

FILIACIÓN

AUTOR 1: Director/a - PEI-FD 2020/011