

Voces: ACTUACION DE OFICIO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ DEBIDO PROCESO ~ DEFENSA EN JUICIO ~ ORDEN PUBLICO ~ REGIMEN PENAL CAMBIARIO ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ ACTIVIDAD CAMBIARIA ~ INFLACION ~ CODIGO PENAL ~ INFRACCION CAMBIARIA ~ LEY PENAL MAS BENIGNA ~ LEY PENAL ~ TIPICIDAD ~ PENA ~ PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD ~ RELACION DE CAUSALIDAD ~ IN DUBIO PRO REO ~ PRUEBA ~ CARGA DE LA PRUEBA ~ MULTA ~ RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA

Título: La ley penal cambiaria y los principios generales del derecho penal común

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 05/12/2008, 05/12/2008, 1 - LA LEY2008-F, 1364

Cita Online: AR/DOC/2850/2008

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. La Ley Penal Cambiaria. Sanciones. Aplicación solidaria a directores y gerentes. - III. Conclusión.

Abstract: Es notable advertir en estos últimos años la apertura in-discriminada y masiva de su-marios penales cambiarios por parte del Banco Central de la República Argentina, en pos de sancionar supuestas infracciones al régimen de cambios, en el marco de los cuales se soslaya la aplicación de los principios generales del derecho penal común, tales como la retroactivi-dad de la ley penal más benigna, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza de quien formula la acusación, etc. Estas líneas tienen como objeto ensayar algunas reflexio-nes en torno a la propensión -sustentada en cierta doctrina e incluso algunos precedentes jurisprudenciales- a excluir la materia cambiaria del campo de aplicación de los principios arriba citados, como si aquélla fuere una categoría autónoma o un compartimento estanco dentro del universo jurídico.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es ensayar algunas reflexiones en torno a la aplicación de la Ley Penal Cambiaria y su relación con los principios generales de derecho penal común, tomando en especial consideración el frenético aluvión de sumarios penales cambiarios iniciados por el Banco Central de la República Argentina ("BCRA") en los últimos meses [\(1\)](#).

Con preocupación se advierte en la argumentación de muchos esos sumarios —con sustento en cierta doctrina e incluso algunos precedentes jurisprudenciales— una marcada propensión a excluir la materia cambiaria del campo de aplicación de los principios generales que rigen el derecho penal común, como si aquélla fuere una categoría autónoma o un compartimento estanco dentro del universo jurídico, lo que lleva a dejar en el olvido, casi como al descuido, institutos tan importantes como la presunción de inocencia, la aplicación de la ley penal más benigna, el deber probatorio a cargo de quien formula la acusación, entre otros.

Desde nuestro punto de vista —y efectuando la necesaria aclaración que la materia penal escapa a nuestra especialidad— no existen motivos valederos para marginar a la materia penal cambiaria de las garantías generales que la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las leyes inferiores prevén a favor de los acusados penalmente.

A continuación desarrollaremos los fundamentos en los que se sustenta nuestra posición, previo a lo cual haremos una breve introducción a la materia penal cambiaria.

II. La Ley Penal Cambiaria. Sanciones. Aplicación solidaria a directores y gerentes

Las infracciones a la normativa que rige el control de cambios son sancionadas por la Ley 19.359 (1971) (Texto Ordenado dictado a través del Decreto PEN N° 480/95 —Adla, LV-E, 5926—), conocida en la jerga como la Ley Penal Cambiaria.

La aplicabilidad de esta norma tiene como presupuesto ineludible la existencia de una operación de cambio, debiendo esta última infringir alguna norma que se encuentre vigente. Por su parte, la operación de cambio ha sido definida como "el traspaso de divisas, incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional"[\(2\)](#).

La Ley Penal Cambiaria es una ley penal en blanco, que requiere ser integrada a través de disposiciones administrativas que definan con precisión el hecho punible merecedor de reproche penal, lo que para una parte de la doctrina es inconstitucional [\(3\)](#), ya que la conducta que configura el tipo penal es fijada por una entidad autárquica y no por una ley anterior al hecho del proceso, tal como exige el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental.

En este sentido, el art. 1° inciso (f) de la Ley Penal Cambiaria establece que son pasibles de sanción "cualquier infracción a las normas cambiarias".

Es entonces y en definitiva el BCRA el encargado de establecer el tipo penal y el hecho punible, dando lugar la violación a tales normas a la aplicación de las sanciones estipuladas en el régimen penal cambiario.

Los argumentos que se invocan para justificar la validez del tipo penal abierto suelen consistir en que la materia cambiaria es esencialmente mutable [\(4\)](#), y que por ende es necesario que las normas puedan ser dictadas con dinamismo y flexibilidad, evitando las demoras y el engorroso trámite parlamentario que conspirarían

contra la permanente actualización que exige el régimen de cambios, argumento clásico de pensamientos totalitarios, que por cierto no obedece a criterios de justicia, propios del derecho, sino más bien a razonamientos eficientes o efectistas, que como bien aclaraba Julio G. H. Olivera, responden a la técnica y no al derecho.

El actual régimen de control de cambios se compone de un conglomerado proteico de normas de difícil aprehensión (5), que se modifican con rapidez pasmosa, conspirando así contra la seguridad jurídica y la previsibilidad que deben primar en una materia cuyas infracciones son pasibles de acarrear consecuencias criminales (6).

El principio de legalidad exige no sólo la existencia de una ley anterior al hecho del proceso, sino que además dicha ley sea precisa (7).

El artículo 2° de la Ley Penal Cambiaria prevé las siguientes sanciones:

(i) Pena de multa que va desde 1 a 10 veces el monto involucrado en la infracción en el caso de que ésta sea la primera.

(ii) Prisión de 1 a 4 años o multa de 3 a 10 veces el monto de la infracción en el caso de la primera reincidencia.

(iii) Prisión de 1 a 8 años en el caso de la segunda reincidencia y el máximo de la multa fijada mencionada precedentemente.

(iv) Suspensión de hasta 10 años para operar o intermediar en cambios o para actuar como exportador o importador.

En el caso de falsa declaración, si hubiere una rectificación espontánea dentro del plazo de 15 días desde que la infracción fue cometida, la multa aplicable se reduce a un ¼ de la que hubiere correspondido, sin computarse dicha sanción a los efectos de la reincidencia (art. 2 inciso (g)).

El inciso (f) del artículo 2° de la Ley Penal Cambiaria, de su lado, establece que:

"Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos (a) y (e)."

Sabido es que sólo puede imputarse responsabilidad penal a las personas jurídicas en la medida que alguno de sus directores o representantes hayan cometido alguna conducta delictiva, ya que el ente ideal no es susceptible por sí sólo de incurrir en infracciones penales. Es decir que la responsabilidad de la persona jurídica sería de naturaleza refleja y la misma derivaría necesariamente de la actuación material de sus representantes o directivos.

En este sentido, en un reciente fallo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha sostenido que:

"Huelga decir aquí que en el marco del estatuto penal cambiario, la responsabilidad de quienes conducen una sociedad comercial tiene su razón de ser en que éstos representan o materializan la voluntad de la persona ideal, es decir, deciden por ella dentro de las atribuciones que les fueron conferidas o delegadas. En consecuencia, acreditada la intervención de sus miembros en la infracción, la sociedad también responde, aunque desde un punto de vista extrapenal (Fallos: 298:432)." (8).

Es decir, que lo torna penalmente inculpa a la persona jurídica es la actuación de alguno de sus directores o representantes, quienes están obligados a responder en los términos previstos en el artículo 2° inciso (f) de la Ley Penal Cambiaria arriba transcripto.

En este mismo orden de ideas, la Circular Interna de la Superintendencia del BCRA N°27/02 ("CIS N°27/02") regula las pautas operativas que deben seguir los diferentes departamentos del BCRA para tramitar las actuaciones presumiales en las que se investigue la presunta comisión de los ilícitos previstos en la Ley del Régimen Penal Cambiario (t.o), estipulando en el Punto 4 de su Anexo que en la individualización de las personas que podrían ser imputadas en el sumario debe respetarse el límite que impone la debida atribución de responsabilidad penal que sólo puede ser endilgada a quien realmente ha sido el autor del ilícito.

Esta misma Circular prevé en su Punto 2 que para poder involucrar a una persona como presunto autor de un ilícito cambiario es necesario que se verifique un nexo causal entre su actividad y la conducta reprochable, y que por lo tanto debe acreditarse que esa persona tuvo poder de decisión sobre la configuración central del hecho que se investiga (la bastardilla nos pertenece).

Es evidente que para que pueda aplicarse alguna de las sanciones previstas en la Ley Penal Cambiaria sobre algún directivo o representante de una persona jurídica debe acreditarse la participación directa de la persona física acusada en el ilícito investigado, ya que de lo contrario se prescindiría de un presupuesto básico de la materia penal.

Esta exigencia suele ser soslayada en la práctica por el BCRA a la hora de iniciar sumarios penales cambiarios, en los que se imputa responsabilidad penal a directores de la persona jurídica por el mero hecho de figurar en un organigrama como las personas a cargo del sector de comercio exterior, sin realizar esfuerzo probatorio alguno para acreditar el nexo causal entre la actuación de dicha persona y el ilícito supuestamente cometido.

A riesgo de pecar por tautología, no hay que perder de vista que la materia cambiaria está sujeta a los principios de derecho penal (9), y que esta rama del derecho no admite la responsabilidad refleja del principal por el hecho del dependiente (10), como podría ser el caso previsto en el artículo 1113 del Código Común, principio propio del régimen de la responsabilidad civil.

Bien jurídico protegido y aplicación de los principios generales del derecho penal común

El hecho de que la materia cambiaria sea dinámica y esté sujeta a modificaciones vertiginosas no implica que por ello puedan enervarse los principios generales del derecho penal (11), los que a nuestro criterio resultan plenamente aplicables al régimen de cambios y a sus infracciones. Existen precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinarias que avalan la atenuación de la aplicación de los principios generales del derecho penal a la materia cambiaria (12), con el inconsistente y poco convincente argumento de que el bien jurídico protegido por ésta última justificaría dicho apartamiento.

En este sentido, se ha sostenido que "los principios del derecho común sufren una severa distorsión en razón de la distinta naturaleza de los bienes protegidos jurídicamente que constituyen su materia." (13).

En primer lugar, cabe destacar que no está del todo claro cuál es el bien jurídico protegido por la Ley Penal Cambiaria, existiendo autores que sostienen que "las infracciones y delitos cambiarios afectan gravemente el estado económico social del país. Su tipificación y sanción tienden a proteger el valor de nuestra moneda y a asegurar la seriedad de las transacciones internacionales." (14).

Por otra parte, existen otros que sostienen que no es el orden público económico el bien jurídico protegido por la materia cambiaria, sino que lo que es objeto de protección de ésta última es el "mercado cambiario" (15).

Asumiendo que el bien jurídico protegido por la Ley Penal Cambiaria fuera el valor de nuestra moneda o el mercado cambiario en sí mismo —cuestiones esencialmente patrimoniales o económicas, tal como lo demuestra el hecho de que son competencia de la justicia "penal económica"— no entendemos por qué esta circunstancia justificaría apartarse de los principios comunes del derecho penal.

¿Es lógico que por el mero hecho de que esté en juego una cuestión esencialmente patrimonial o de naturaleza económica el acusado pierda el derecho a que se lo presuma inocente?

Si ante delitos cuyo bien jurídico protegido es innegablemente más importante que una cuestión meramente económica —como puede serlo la vida o la salud de las personas— el Estado ve limitado su poder de punición por ciertas garantías a favor de los acusados, no se advierte por qué habría que dejar de lado dichas garantías cuando el bien jurídico protegido es una cuestión de índole económica.

¿Qué es más importante, respetar la libertad de una persona o preservar el valor de la moneda usada por esta última como bien de intercambio?

Si los constituyentes han impuesto una serie de límites precisos al Estado para encauzar su accionar punitiva respecto a delitos que afectan bienes tan esenciales como la vida o la salud, resulta cuando menos criticable soslayar dichos límites cuando lo que está en juego es una cuestión que —por más vueltas que quiera dársele— no deja de ser económica.

La postura que pretende justificar la atenuación de la aplicación de los principios comunes del derecho penal a la materia cambiaria en el bien jurídico protegido por esta última parecería basar su argumento en que cuanto menos importante sea el bien jurídico protegido, mayor podrá ser el avasallamiento de las garantías constitucionales de los acusados. Otra posibilidad es que quienes defienden esta posición estén verdaderamente convencidos de que la materia cambiaria, como una suerte de principio rector, tan caro a los intereses del Estado, que justifica dicho apartamiento. Sin embargo, tan drástica postura parece perder de vista que los sumarios que suele iniciar el BCRA en materia penal cambiaria, ni por asomo involucran cuestiones que afecten de manera genérica o grave a la comunidad, ni que pongan en riesgo el orden público económico (16).

Similar dilema se presenta en el campo de la ley penal tributaria, en que también se discute si los principios comunes del derecho penal resultan aplicables íntegramente o si por el contrario está justificada una aplicación matizada (17). Esta discusión no se limita a la presunción de inocencia, sino que también abarca el principio fundamental que prevé que "nadie está obligado a declarar contra sí mismo".

Singular importancia presenta esta última garantía en materia cambiaria, en la que en la mayoría de los casos la prueba incriminadora es provista por el propio acusado a requerimiento del BCRA.

En virtud de lo expuesto, consideramos que los principios generales del derecho penal (presunción de inocencia, aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, in dubio pro reo, etc.) resultan plenamente aplicables a la materia cambiaria, no existiendo ningún argumento jurídico valedero para justificar dicho

apartamento, ni para tolerar que el Estado prescindiera de garantías de jerarquía constitucional bajo la excusa de que lo que se busca es "preservar el valor de nuestra moneda".

Por otro lado, resulta cuando menos paradójico que precisamente quienes más contribuyen a depreciar el valor de nuestra moneda son los que bregan por excluir a la materia cambiaria de la aplicación de los principios generales del derecho penal, con el fundamento de que el bien jurídico protegido avalaría dicha exclusión.

En este punto nos permitimos una digresión. Nuestra moneda se deprecia continuamente por varios motivos, pero principalmente a causa del peor y más distorsivo de los impuestos: la inflación. A esta altura nadie puede negar que uno de los principales motores de la inflación es el desmedido aumento del gasto público que se viene registrando en la Argentina desde hace un par de años, tendencia que se acentúa en tiempos electorales, y que lo que acicatea a este incremento generalizado de los precios es la permanente intervención del BCRA en el mercado de cambios tendiente a evitar que nuestra moneda se aprecie respecto del Dólar.

La compra de Dólares por parte del BCRA inyecta Pesos en el mercado de cambios, lo que aumenta la masa monetaria y contribuye a acelerar la inflación. Las operaciones de esterilización con frecuencia no alcanzan para neutralizar esa inyección de dinero, por lo que el mayor nivel de circulante en manos del público incentiva el aumento del consumo y por ende foguea la inflación.

Asimismo, esa intervención del BCRA en el mercado de cambios busca depreciar o devaluar nuestra moneda respecto de la moneda fuerte, esto es del Dólar Estadounidense.

El artículo 3 de la Ley 24.144 (Adla, LII-D, 3892) (Carta Orgánica del BCRA) prevé que: "Es misión primaria y fundamental del Banco Central de la República Argentina preservar el valor de la moneda."

¿Se preserva el valor de la moneda buscando devaluar la misma respecto de una moneda indudablemente más fuerte que la nuestra?

La devaluación y la inflación implican una pérdida del valor adquisitivo del dinero, por lo que es innegable que dichos factores están reñidos con el deber de preservar el valor de la moneda, impuesto al BCRA en su propia Carta Orgánica.

En defensa del BCRA, podría sostenerse que al intervenir en el mercado de cambios, este último se limita a ejercitar la facultad prevista por el artículo 4° de su Carta Orgánica, que lo inviste con el carácter de agente financiero del Estado Nacional y como ejecutor de la política cambiaria, y que la decisión de depreciar nuestra moneda obedece a razones de oportunidad, mérito o conveniencia que escapan al control jurisdiccional. Sin embargo, no hay que perder de vista que aun cuando se reputa lícita a la conducta del Estado, no por ello cabe descartar el nacimiento del deber de indemnizar, ya que actualmente se admite la responsabilidad por actos lícitos estatales en la medida que causen un perjuicio injustificado a los administrados.

En este sentido, se ha sostenido que: "La emisión monetaria en la medida que excede el crecimiento de la economía ha sido considerado como un impuesto indirecto que incluso debe ser coparticipado."⁽¹⁸⁾

El mismo autor continúa afirmando que:

"Es evidente que la creación espuria de moneda sin el debido respaldo de la creación de bienes o servicios, verdadero impuesto encubierto más allá de que sea o no un acto ilícito del Estado, en caso de que ocasione perjuicios, éstos deben ser indemnizados. Aun en el caso de considerarlo un acto lícito del Estado se genera la obligación de éste de indemnizar la producción de un perjuicio."⁽¹⁹⁾

Coincidimos con esta opinión y consideramos que el accionar del BCRA contrario al deber impuesto por su Carta Orgánica podría dar lugar al nacimiento de responsabilidad, si se probaran adecuadamente los demás presupuestos de la responsabilidad exigidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Presunción de inocencia y carga de la prueba

Ya se ha expresado que existe cierta tendencia jurisprudencial y doctrinaria a atenuar la aplicación de los principios generales del derecho penal común a la materia cambiaria, y hemos emitido nuestra opinión en cuanto a que dicho apartamiento no está fundado en argumento jurídico valedero alguno, siendo tal vez un resabio de un régimen anacrónico que merece ser revisado íntegramente.

Los autores y fallos que se enrolan en esta línea ⁽²⁰⁾ tienden a atenuar (y en ocasiones directamente a desconocer) la aplicación de principios fundamentales de derecho común a la materia penal cambiaria, como es el caso de la presunción de inocencia del acusado. Conforme a este principio, el reo se presume inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante prueba que deberá aportar quien formule la acusación y mediante una sentencia que lo declare culpable.

En contra de la línea interpretativa arriba mencionada, se ha sostenido con acierto que:

"El principio de inocencia tiene en nuestra legislación jerarquía constitucional, ya que si bien no se encuentra consagrado expresamente en la Carta Magna, cabe deducirlo de la primera parte de su art. 18. Surge de tal principio que todo imputado debe ser considerado inocente, hasta tanto no se pruebe y se declare jurisdiccionalmente su culpabilidad. Es el Estado a quien le incumbe probar la culpabilidad del imputado y así

lo determina claramente el art. 468 del Cód. de Proced. en Materia Penal, aplicable supletoriamente en la sustanciación del procedimiento cambiario, conforme lo determina el art. 8º, inc. f, del régimen penal cambiario (t.o. por dec. 1265/82 de las leyes 19.359 y 22.338—Adla, XLII-D, 3775; XXXII-A, 2; XL-D, 4043) (21) (el destacado nos pertenece).

En este mismo sentido, cabe remarcar que luego de la última reforma de nuestra Constitución Nacional (1994), ciertos tratados internacionales adquirieron rango y reconocimiento constitucional (art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional). De esta manera, el principio de la presunción de inocencia ha dejado de ser una mera garantía legal para convertirse en una garantía constitucional, en mérito a lo dispuesto por el artículo 8º inciso 2º del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que abarca no sólo a las personas físicas sino también a las morales o de existencia ideal (22).

El artículo 8 inciso 2º del Pacto de San José de Costa Rica establece que:

"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

Por su parte, el artículo 14 inciso 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."

Las normas transcriptas no admiten lecturas con matices y menos aun pueden dar lugar a interpretaciones que desvirtúen su sentido. Tampoco está en discusión el hecho de que el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos revisten jerarquía constitucional ya que así lo establece expresamente el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

¿Cuál es entonces el fundamento que justifica que en materia cambiaria haya que apartarse de este principio constitucional?

¿Respeto el principio de inocencia el postulado que presume culpable al investigado por un ilícito cambiario hasta tanto él demuestre lo contrario?

Es evidente que la corriente doctrinaria y jurisprudencial que postula que en materia de ilícitos cambiarios se presume la culpabilidad del acusado y que exige que sea este último quien debe cargar con el onus probandi de acreditar que es inocente constituye una flagrante violación al principio constitucional de presunción de inocencia y al del in dubio pro reo, que a nuestro criterio no encuentra justificativo legal alguno, menos aun teniendo en cuenta que sea cual fuere el bien jurídico efectivamente protegido por la Ley Penal Cambiaria, el mismo es de índole patrimonial o económica y no envuelve un riesgo que amerite tal tratamiento excepcional, restrictivo de los derechos constitucionales (23).

Podría por ejemplo tolerarse una restricción de las garantías constitucionales frente a inminentes peligros que pongan en riesgo la seguridad de la comunidad, o que presenten una gravedad tal que justifiquen la atenuación de garantías que en circunstancias normales deberían regir con todo su vigor (sería el caso de la prevención de ciertos atentados terroristas, o frente un daño inminente sobre la comunidad).

Que un exportador haya ingresado tardíamente las divisas provenientes de sus exportaciones o que hubiere efectuado una falsa declaración (hace 6 años, cuando el país estaba sumido en una de las peores crisis de las que se tenga memoria), no parecen configurar una circunstancia que ponga en riesgo la vigencia de la Constitución Nacional, de las autoridades por ella creadas, ni que afecte sustancialmente los derechos de la comunidad en general, por lo que en esos casos la presunción de inocencia y las demás garantías penales deberían regir en toda su extensión.

Respecto al tema probatorio, es muy común que el BCRA realice las investigaciones previas al sumario y formule la acusación (generalmente sobre el filo del plazo de prescripción previsto en el artículo 19 de la Ley Penal Cambiaria, es decir 6 años más tarde desde que el presunto ilícito tuvo lugar) sin aportar pruebas contundentes en contra de los sujetos investigados. Es el acusado quien en la práctica tiene que demostrar que no se configuró la infracción, lo que no sólo violenta el principio de inocencia, sino que en ocasiones coloca a aquél en una situación de indefensión, ya que tiene que probar hechos negativos, que para peor de males tuvieron lugar allende en el tiempo.

Es frecuente que la acusación del BCRA se basa en meras presunciones (24), lo que no debería ser suficiente para llegar a un veredicto condenatorio, en virtud del principio que dispone que en caso de duda, debe absolverse al acusado

Aplicación de la ley penal más benigna. Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El artículo 20 de la Ley Penal Cambiaria establece que:

"Serán aplicables las disposiciones del Libro Primero del Código Penal, salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley.

En especial y expresamente, no serán de aplicación las siguientes disposiciones del Código Penal:

a) El artículo 2º, cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del artículo 2º de la presente ley...;

Nos ocuparemos aquí únicamente de la disposición prevista en el inciso (a) del artículo 20 de la Ley Penal Cambiaria, referente a la aplicación de la ley penal más benigna.

El artículo 2º del Código Penal establece que:

"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho."

A través del artículo 20 inciso (a), lo que se quiso excluir fue la aplicación de la ley penal más benigna a la materia cambiaria en los casos en los que fuere aplicable la pena de multa.

La constitucionalidad de esta posición fue cuestionada por la doctrina y por cierta jurisprudencia hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación acabó de dilucidar la cuestión a través dos pronunciamientos recientes que se analizan a continuación.

* Fallo *Cristalux* (25)

Con fecha 11 de Abril de 2006 la Corte Suprema resolvió el caso "*Cristalux S.A.*", indicando que en el supuesto de las leyes penales en blanco —refiriéndose concretamente al régimen penal cambiario—, corresponde la aplicación del principio de benignidad; es decir, la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna para el imputado, dictada con posterioridad al hecho objeto del proceso.

En este fallo se registró un cambio jurisprudencial, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) había dispuesto con anterioridad que:

"El principio de retroactividad de la ley penal más benigna no se aplica en aquellos casos en los que la norma que tipifica el delito mantiene su vigor y sólo varían los reglamentos a los que remite el tipo penal." (26)

En este mismo sentido, la Suprema Corte sostuvo en su momento que:

"Las variaciones de la ley extrapenal que complementa la "ley penal en blanco" no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley penal más benigna cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido las variaciones reflejan circunstancias de hecho cuya desaparición luego de cometido el delito en nada influyen sobre la punibilidad de éste. Si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2º del Código Penal importaría, respecto de estas leyes especiales despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo." (27).

En el fallo *Cristalux*, la Corte Suprema abandona este criterio y dispone que resulta de aplicación el principio de "la ley penal más benigna" a la materia penal cambiaria, lo que anteriormente no se admitía. De esta manera, cuando una conducta deja de ser penalmente reprochable, resulta de aplicación el principio de la ley penal más benigna (y su retroactividad).

En el caso, la Sala "B" de la Excma. Cámara en lo Penal Económico había condenado a "*Cristalux S.A.*" y a sus directivos por un caso de infracción a la Ley Penal Cambiaria, a raíz de no haber ingresado y negociado en el mercado único de cambios, en tiempo y forma, el contravalor en divisas de una exportación de productos de vidrio.

Previamente, el Juzgado en lo Penal Económico de primera instancia había absuelto a los imputados entendiendo que correspondía aplicar el principio de la ley penal más benigna; concretamente, el Decreto N° 530/91, a través de cuyo artículo 1º se había dejado sin efecto la obligatoriedad de ingresar y negociar en el sistema financiero nacional las divisas provenientes de las exportaciones de productos nacionales.

En el nuevo fallo ("*Cristalux S.A.*"), siete miembros de la Corte establecieron otro criterio al revocar la condena. Los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti se remitieron a un voto en disidencia del Dr. Petracchi en el caso "*Ayerza*" del año 1998. La actual opinión se podría resumir de la siguiente forma.

Tras la reforma constitucional del año 1994, la República Argentina incorporó a su Carta Magna diversos Tratados Internacionales que imponen el "principio de benignidad", el cual, por tanto, tiene rango constitucional (ver artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 15 apartado 1 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución a través del artículo 75 inciso 22).

En este sentido, se puede sostener que "a partir de la reforma de la Constitución en 1994... el principio de la ley más benigna ha dejado de ser una garantía legal, para asumir el ser de una garantía constitucional" (28). "De tal modo, y atento a la jerarquía constitucional que ha asumido el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, la decisión judicial que se sustentase en una fundamentación que volviese inoperante tal

principio, resultaría descalificable en razón de su arbitrariedad." (Cfr. T.S.J Córdoba, Foro de Córdoba, Año IX, N° 43, Córdoba, 1997, pág. 218.).

Es decir, no es posible que una ley particular —como la del régimen penal cambiario— pueda excluir su aplicación.

La mayoría de la Corte —mediante la remisión al citado voto del Juez Petracchi— destacó además que en cada supuesto debe hacerse un análisis integral del caso, y cuando el cambio de la norma complementaria no es circunstancial sino sustancial —es decir, que el contenido de la modificación es esencial, como es el caso de la derogación del régimen de control de las operaciones que nos ocupan—, debe aplicarse el principio de benignidad. En efecto, si la reforma introducida le quita a la ley parte de su núcleo, el cambio favorable al imputado deberá tener vigencia.

Por su parte, los dos jueces restantes, Fayt y Argibay, se remitieron al voto en disidencia de los Dres. Fayt, Boggiano y Bossert en el citado precedente "Ayerza". Allí, en una posición más receptora aún del principio de benignidad para estos casos, directamente se consignó que cualquier tipo de modificación más benigna que sufra una norma complementaria de una ley penal en blanco, debe ser aplicada retroactivamente.

* Fallo Agrigenetics (29)

En este fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve un caso de hechos similares a los planteados en el Fallo Cristalux, aplicando idéntica doctrina a la emanada de este último, con la particularidad de que en este fallo el acusado no había planteado la defensa de la ley penal más benigna ni en primera instancia ni en Cámara.

Es decir que en este caso la Corte Suprema no sólo admite la aplicación de la ley penal más benigna a la materia cambiaria, sino que ordena hacerlo de oficio, ante la inacción u omisión del propio acusado y/o de sus defensores.

III. Conclusión

La materia cambiaria no conforma un compendio normativo estanco, aislado ni independiente del resto del ordenamiento jurídico que justifique, en base a abstractos y vagos conceptos —supuestamente protectores de la comunidad toda o de los intereses del Estado— como la preservación del valor de la moneda, el apartamiento de principios fundamentales con raigambre constitucional. Es justamente ante disposiciones normativas proteicas y mudables cuando con mayor ahínco aquéllos deben respetarse, más aun cuando las consecuencias implican responsabilidades de orden penal.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) El motivo por el cual se han iniciado abruptamente tantos sumarios durante el último año obedece a que la prescripción en materia penal cambiaria es de 6 años (art. 19 Ley 19.359), por lo que en el 2008 prescriben todas aquellas infracciones que hayan sido cometidas durante el año 2002. A fin de evitar la prescripción de las actuaciones en la que se investigan hechos acaecidos ese año, el BCRA ha decidido notificar la apertura indiscriminada de sumarios aún en causas en las que claramente no existe infracción cambiaria e incluso en casos en los que la conducta supuestamente infraccional se encuentra expresamente permitida a la luz de las normas cambiarias actualmente en vigencia.

(2) GERSCOVICH, Carlos, "Derecho Económico Cambiario y Penal", Ed. Lexis Nexis, pág. 159.

(3) Ver, NUÑEZ, Ricardo, "Derecho Penal argentino", t. I, 1964, Ed. Bibliografía Argentina, p. 99, EKMEKDJIAN, Miguel Á., "Algo más sobre las leyes penales en blanco", ED, 136-409, "Corte Sup., 12/05/1992, Arpemar SAPG. e I. y otros s/ infr. a la ley 19359", Fallos 315:908.

(4) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a la materia cambiaria como "proteica, movediza y esencialmente mutable", Fallos, t. 300 pág. 392.

(5) Para una aproximación de los antecedentes históricos y estructurales del actual régimen de control de cambios véase nuestro artículo "Ingreso y egreso de divisas" publicado en LA LEY, 2006-D, 1266.

(6) La exorbitante cantidad de normas que el BCRA ha venido dictando desde fines del año 2001 hasta la fecha suelen adolecer de defectos de ambigüedad, oscuridad y falta de precisión, careciendo de adecuada técnica legislativa lo que dificulta —sino impide— individualizar cual es ese mandato imperativo en ellas contenido, contribuyendo así a crear un halo de inseguridad jurídica que puede privar a los sujetos a quienes la norma rige, de derechos tan elementales como el de la "ley penal previa" y el de la "defensa en juicio" consagrados explícitamente en nuestra Carta Magna. Es que si quienes legislan para integrar una ley penal en blanco lo hacen en forma deficiente, omitiendo establecer en forma clara y precisa cual es el hecho típico punible, no sólo contribuyen a debilitar un estado de derecho mediante la inseguridad jurídica creada, sino que además dejan a los sujetos regidos por dichas normas librados a las interpretaciones más diversas.

(7) MONCAYO, Néstor J., "Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas", Ediciones Depalma, 1985, pág. 9.

(8) Del Dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación en el Fallo "Agrigenetics", del 28/11/2006, citado precedentemente.

(9) MONCAYO, op. cit., pág. 18 y sig.

(10) ZUNINO, Gustavo, "La aplicación de la ley penal más benigna en el régimen penal cambiario (A propósito del fallo Cristalux)", publicado en: www.iaea.org.ar/doctrina/zunino.pdf.

(11) Presunción de inocencia, in dubio pro reo, carga de la prueba, aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, etc.

(12) En este sentido, se ha sostenido que: "...por tratarse esta clase de ilícitos de infracciones formales, no deviene necesario indagar en la intencionalidad del agente, pues basta la simple violación del mandato legal (artículo 1º, incisos "e" y "f", de la Ley 19.359, complementado con las disposiciones del Decreto 2581/64) para que el dolo se presuponga, quedando en cabeza del inculpaado acreditar los elementos exculpativos que alegue...". Dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación en la causa "Agrigenetics" Fallos 329:5410 (La Ley Online). En esta misma línea puede verse Fallos 301:996, 301:618, 303:1065 y 306:1347.

(13) BONZÓN, Juan Carlos, "El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias", LA LEY, 1990-C, 1114.

(14) GONZALEZ VENTURA, "Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 1998, pág. 175.

(15) GERSCOVICH, op. cit. pág. 326, y la doctrina y jurisprudencia allí citada. Este autor sostiene que no hay un sólo bien jurídico protegido sino una pluralidad de estos últimos que van variando de acuerdo al objetivo perseguido por la norma cambiaria en cuestión, citando como ejemplo la "posición general de divisas", la fe pública, la balanza de pagos. También cita doctrina italiana (Di Amato) que delimita cuatro enfoques del bien jurídico protegido: 1) la tutela de la economía del país, 2) la exigencia de asegurar al Estado el monopolio de las relaciones monetarias con el exterior, 3) deber de solidaridad social, y 4) el equilibrio de la balanza de pagos.

(16) Que un exportador liquide tardíamente las divisas provenientes de un cobro de exportación no reviste entidad tal para afectar el orden público económico o los intereses generales de la comunidad, máxime cuando en la mayor parte de los casos las infracciones imputadas obedecen a errores en la interpretación de las confusas y ambiguas normas dictadas por el BCRA para regular el mercado de cambios.

(17) Al respecto resulta esclarecedora la lectura del trabajo de LÓPEZ DÍAZ, Antonio, "El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria", XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Lisboa, 1998, pág. 123-146, en el que se reseña la opinión de doctrina y jurisprudencia (españolas) a favor de una aplicación plena de dichos principios. En ese sentido consideramos ilustrativo transcribir la sentencia del Tribunal Constitucional Español allí citada en la que se sostuvo que: "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas en general o tributarias, en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones."

(18) SPISSO, Rodolfo R., "Gobernar es promover la creación de riqueza. El régimen impositivo y la desvirtuación del programa constitucional", El Derecho, t. 130, pág. 994/1006.

(19) Idem.

(20) Ver doctrina y jurisprudencia citadas en el Punto 3.1.1.

(21) BORINSKY, Carlos, "Los delitos cambiarios y el apartamiento de los principios del derecho común", publicado en LA LEY, 1989-B, 741.

(22) Aun cuando se cuestionara la aplicación de los tratados internacionales a las personas jurídicas, la garantía de la presunción de inocencia beneficiaría al director o administrador de la persona jurídica, y dado que la responsabilidad penal de ésta última es sólo refleja y requiere de la culpabilidad del primero, indirectamente la garantía resultaría operativa respecto de la persona jurídica.

(23) Nuestra Constitución Nacional admite en su artículo 23 la suspensión de las garantías constitucionales únicamente en el caso de "conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta

Constitución y de las autoridades creadas por ella", en cuyo caso deberá declararse previamente el estado de sitio.

(24) El valor que puede llegar a tener una prueba indiciaria ha sido definido por Carlos BORINSKY (op. cit.) en los siguientes términos: "La índole de los delitos económicos determina que difícilmente se pueda acreditar por pruebas directas la comisión del ilícito, por lo que frecuentemente la condena deberá basarse en la existencia de prueba indiciaria suficiente. La eficacia de las presunciones depende de la valoración conjunta de ellas, teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no de su tratamiento particular, pues por su misma naturaleza, cada una de ellas no puede llegar a fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva precisamente de su pluralidad."

(25) JA 2006-II-72.

(26) Fallo "Ayerza, Diego L.", citado en JA, 1998-III-1121, La Ley Online.

(27) Fallo Argenflora, S.C.A., JA 1997-IV-109.

(28) Notas al Código Penal Argentino, segunda edición actualizada, Editora Córdoba, T 1, pág. 51.

(29) Fallos 329:5410, La Ley Online.