

Voces: DELITO CAMBIARIO ~ REGIMEN PENAL CAMBIARIO ~ DIVISA DE EXPORTACION ~ INGRESO DE DIVISAS ~ EXPORTACION ~ BLANQUEO IMPOSITIVO ~ EVASION FISCAL ~ ETAPA DE SUMARIO ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ LEY PENAL ~ PLAZO ~ PRESCRIPCION ~ PLAZO DE PRESCRIPCION ~ VENCIMIENTO DEL PLAZO ~ TIPO DE CAMBIO ~ INFRACCION CAMBIARIA ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD ~ RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO ~ SENTENCIA ABSOLUTORIA ~ RETROACTIVIDAD DE LA LEY ~ LEY PENAL MAS BENIGNA ~ PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ PRESUNCION DE INOCENCIA ~ DEFENSA EN JUICIO ~ DEBIDO PROCESO ~ PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA ~ RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Título: Los delitos penales cambiarios y el régimen de blanqueo de capitales. Un fallo ejemplar

Autor: Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 12/05/2010, 12/05/2010, 10 - LA LEY2010-C, 354

Fallo comentado: [Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Penal Económico Nro. 6 \(JNPenalEconomico\)\(Nro6\) JNPenal Económico Nro. 6 ~ 2010-02-26 ~ Huyck Argentina S.A.](#)

Cita Online: [AR/DOC/3435/2010](#)

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos. III. El fallo. IV. El obiter dictum. V. Conclusión.

"Las leyes son grandes telarañas a través de las cuales pasan las moscas grandes y en la que quedan apresadas las pequeñas"

Montesquieu

I. Introducción

El propósito de estas líneas es comentar el fallo recientemente dictado por el Juzgado en lo Penal Económico a cargo del Dr. Marcelo Aguirre, en el que se absuelve de culpa y cargo a los acusados de haber infringido el régimen penal cambiario —una empresa y su presidente— en relación con una operación de exportación cuyas divisas habrían sido ingresadas y liquidadas en forma tardía.

La sentencia en cuestión resulta elogiada ya que desestima la acusación del Banco Central de la República Argentina ("BCRA") sobre la base de considerar atendibles las razones esgrimidas por la empresa como justificación del ingreso tardío de las divisas, y en un obiter dictum destacable remarca la injusticia de seguir persiguiendo penalmente a quienes con su actividad productiva realizan un aporte valioso al bienestar general, mientras simultáneamente se amnistía a aquellos que ocultaron sus fondos del fisco y ahora se acogen al régimen de "blanqueo" previsto en la ley 26.476 (Adla, LXIX-A, 92).

II. Los hechos

El BCRA le inicia un sumario penal cambiario a una empresa exportadora y a su presidente, con fundamento en que durante el año 2002 habría ingresado tardíamente las divisas provenientes de dos operaciones de exportación, que en conjunto sumaban US\$35.523,32, encuadrando dicha conducta en la infracción prevista en los art. 1º incisos (e) y (f) y art. 2º inciso (f) primer párrafo de la Ley 19.359 (t.o. dec. 480/95) (la "Ley Penal Cambiaria") (Adla, XXXII-A, 2; LV-E, 5926)

Como es habitual en este tipo de casos, la apertura del sumario penal cambiario se realiza sobre el filo de la prescripción, es decir muy poco tiempo antes de que se cumpla el plazo de seis años previsto en el artículo 19 de la Ley Penal Cambiaria. (1)

La empresa exportadora no fue acusada de haber omitido liquidar las divisas (quedó demostrado en el expediente administrativo que los fondos ingresaron y se liquidaron en el país con fechas 22 y 23 de mayo de 2002), sino simplemente de haberse demorado en el ingreso de las mismas, lo que motivó que la entidad financiera designada para realizar el seguimiento de los permisos de embarque, denunciara la tardanza al BCRA.

Anunciado de esta demora, el BCRA requirió explicaciones a la empresa, quien ofreció su descargo en la etapa pre-sumarial, negando que hubiera habido liquidación extemporánea de divisas y argumentando que en virtud de lo dispuesto en la Comunicación del BCRA "A" 3608, las divisas fueron liquidadas dentro del plazo previsto para tal efecto.

En líneas generales, la defensa de la empresa se basó en que el plazo para liquidar las divisas vencía el 17 de mayo de 2002, fecha en la que el BCRA emitió la Comunicación "A" 3608, cuyo punto 2 preveía que las liquidaciones de cobros de exportaciones de bienes y servicios que hasta la fecha de dicha Comunicación tuvieran los plazos de liquidación vencidos, disponían de 5 días adicionales a contar desde la fecha de dicha norma.

Si se tiene en cuenta que el plazo original para liquidar las divisas vencía el 17 de mayo de 2002, el plazo adicional de 5 días hábiles prorrogó el vencimiento de dicha obligación hasta el 24 de mayo de 2002, por lo que la liquidación de las divisas antes de dicha fecha —lo que fue acreditado fehacientemente en la etapa pre-sumarial ante el BCRA— permite descartar de plano que hubiera existido liquidación tardía de divisas.

La explicación brindada por la empresa fue por demás plausible, y resulta realmente alarmante que dentro del BCRA no exista un criterio razonable para poder atender dichas razones y ordenar el archivo de las actuaciones, sin que sea necesario que una persona se vea expuesta a un juicio de índole penal por el mero hecho de existir una desinteligencia sobre la aplicación formal de una norma del BCRA.

No se advierte porqué el BCRA desechó la defensa de la empresa y decidió la apertura del sumario, ya que la justificación esgrimida por el exportador estaba fundada en derecho y resultaba atendible, y si en el peor de los casos el BCRA no compartía dicho criterio jurídico, la explicación brindada por los acusados tuvo virtualidad suficiente para descartar cualquier tipo de conducta dolosa, (2) resultando evidente que no existió ardid alguno ni intención de obtener ventaja patrimonial alguna por parte de la compañía.

En este sentido, cabe destacar que el tipo de cambio vendedor vigente al 17 de mayo de 2002 era de \$3,451 por cada Dólar, y el del 23 de mayo de ese mismo año era \$3,469, por lo que la diferencia entre ambos tipos de cambio multiplicada por la cantidad de divisas liquidadas (US\$35.523,32) asciende a la irrisoria suma de \$639,42, es decir US\$184,32 (al tipo de cambio \$3,469). Lo insignificante de la diferencia permite descartar de plano que la empresa haya obrado especulando con obtener una ventaja patrimonial, e infunde credibilidad al argumento de que lo que verdaderamente existió fue una duda sobre la interpretación de la norma en cuestión por parte de la empresa y la entidad financiera interviniente en la liquidación, que colisionaría con la efectuada por la autoridad de aplicación en materia cambiaria. (3)

Una posibilidad puede ser que el BCRA haya interpretado que la Comunicación "A" 3608 recién entró en vigencia después de ser publicada en el Boletín Oficial (lo que ocurrió el 30 de mayo de 2002), pero en ese caso tampoco se habría configurado la infracción cambiaria, ya que el plazo adicional de los 5 días hábiles hubiera comenzado a regir a partir del 31 de mayo de 2002, venciendo el 06 de junio de ese mismo año. Dado que las divisas fueron liquidadas por la empresa el 22 y 23 de mayo de 2002, no puede afirmarse que haya habido liquidación extemporánea.

Otra hipótesis puede consistir en que el BCRA haya considerado que el Punto 2 de la Comunicación "A" 3608 sólo resultaba aplicable a los permisos de embarque que al 17 de mayo de 2002 tuvieran el plazo para ingresar las divisas vencido, y que dado que el permiso de embarque correspondiente a esta empresa vencía ese mismo día, el mismo no quedaba incluido dentro de la norma.

Independientemente de la discusión técnica sobre la fecha exacta en la que las divisas debían ser ingresadas, lo que resulta irritante es que estando expresamente facultado para hacerlo, el BCRA se niegue a archivar aquellas causas en las que resulta evidente la inexistencia de infracción cambiaria merecedora de reproche penal. (4)

III. El fallo

En una sentencia clara y concisa, el magistrado a cargo de la causa absuelve de culpa y cargo a ambos acusados (la empresa y su presidente) por considerar que las explicaciones brindadas por los mismos "...son suficientes para disculpar la demora en que aquella [la empresa] habría incurrido respecto de su obligación de liquidar las divisas obtenidas por sus operaciones de exportación".

El fallo es a nuestro juicio muy elogiable por diversas razones, entre las que pueden destacarse las siguientes:

1. Análisis subjetivo de la responsabilidad

El juez acoge favorablemente las explicaciones brindadas por los acusados, por considerar las mismas razonables y plausibles, postura que el BCRA podría haber perfectamente adoptado sin necesidad de que la causa llegara a la instancia de la justicia penal económica.

En la práctica suele ser altamente difícil —sino imposible— lograr que el BCRA acepte las explicaciones que los sumariados ofrecen en sede administrativa, aun cuando en gran parte de los casos dichas razones son fundadas y creíbles, máxime cuando las mismas se interpretan dentro del contexto de crisis que vivió nuestro país —y el mercado de cambios— durante el año 2002 y parte del 2003.

Es interesante cómo el magistrado otorga preeminencia al análisis subjetivo de responsabilidad, por sobre la mera constatación objetiva de la conducta típica. En este sentido, sostiene que:

"...bajo ningún punto de vista, puede admitirse que por la sola constatación del daño fáctico y objetivo, relacionado en este caso con la demora en el ingreso y liquidación de las divisas, se atribuya responsabilidad a una sociedad anónima y, menos aún, a sus directivos por el sólo hecho del cargo que desempeñan. La recepción del principio de inocencia, el respeto del debido proceso y el reconocimiento del derecho a la defensa en juicio impiden que la atribución de responsabilidad ocurra de esa forma."

Esta pauta interpretativa contrasta ostensiblemente con la rigidez e inflexibilidad de los funcionarios que llevan adelante los sumarios administrativos que en muchos casos hacen oídos sordos a razones contundentes cuyo peso amerita el archivo de las actuaciones.

Lo que realmente llama la atención es advertir con qué insistencia y terquedad ciertos sumarios son

impulsados en sede administrativa, cuando es a todas luces evidente que las explicaciones brindadas por los sumariados son atendibles, sumado a la cual las más de las veces las conductas han sido desincriminadas bajo el nuevo régimen de cambios tornando plenamente aplicable la doctrina emanada de los precedentes "Cristalux" y "Docuprint". (5)

2. Aplicación de la doctrina emanada de "Cristalux" y "Docuprint"

En el fallo aquí comentado se tiene por superada la discusión sobre la inaplicabilidad del art. 20 inciso (a) de la Ley Penal Cambiaria y se ratifica la plena vigencia del principio de retroactividad de la ley penal más benigna a los ilícitos cambiarios, haciendo expresa mención a los precedentes del Máximo Tribunal que acogieron dicha postura (Cristalux y Docuprint).

Celebramos dicha postura, la que a esta altura debería ser acogida en forma unánime no sólo en sede judicial sino también en sede administrativa.

3. Aplicación de los principios y garantías del derecho penal

Otra de las virtudes del fallo consiste en que en el mismo se ratifica la aplicación de toda la gama de las garantías del derecho Penal, Procesal Penal y de la Constitución Nacional a la materia cambiaria, cuestión que ha sido objeto de numerosas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales. (6)

En este sentido, sostiene el magistrado que "la recepción del principio de inocencia, el respeto del debido proceso y el reconocimiento del derecho a la defensa en juicio impiden que la atribución de responsabilidad ocurra de esa forma" [objetivamente y tomando como único parámetro para la atribución de responsabilidad el cargo que ocupan los acusados].

Es muy frecuente que los sumarios penales cambiarios sean iniciados por el BCRA contra la persona jurídica (entidad financiera o empresa) y también contra la/s persona/s física/s que ostentan cargos jerárquicos en las mismas, sin que exista una acreditación del nexo causal existente entre la conducta típica y la efectiva participación de dichos directivos. (7)

La presunción de inocencia, el respeto del debido proceso, el principio de la personalidad de la pena y las demás garantías penales y constitucionales se erigen como un obstáculo insalvable a las atribuciones de responsabilidad objetivas y meramente funcionales, y el fallo aquí comentado constituye un espaldarazo a dicha corriente de opinión.

IV. El obiter dictum

Adicionalmente a las razones analizadas en el apartado III precedente —que por sí solas ameritan el elogio del fallo—, este último resulta también destacable por contener un obiter dictum que —sin medias tintas ni ambigüedades— deja en evidencia la injusticia e inequidad que representa perseguir criminalmente a exportadores genuinos que brindan trabajo y producción cuando simultáneamente la Ley 26.476 contiene una amnistía generalizada para todos aquellos que, además de haber sustraído sus fondos del control del fisco, hubieren cometido con los mismos ilícitos cambiarios.

Esta iniquidad es resaltada en el fallo en los siguientes términos:

"Por lo demás, y como queda dicho, la injusticia de la situación generada a partir de la promulgación de la Ley n° 26.476, queda definitivamente demostrada en un caso como el de que aquí se trata, en el que una empresa dedicada a la exportación, es decir, una empresa cuya actividad productiva es en sí misma valiosa por el aporte que puede significar al bienestar general, continúa sujeta a la aplicación de sanciones pecuniarias por el sólo hecho de un incumplimiento normativo de tipo formal -en concreto, el supuesto ingreso tardío de divisas- mientras que quien, hoy por hoy, decide exteriorizar una tenencia de bienes que antes había ocultado, está exento y a salvo de cualquier tipo de acción y sanción."

Ya hemos analizado en otra oportunidad la inconsistencia que este tipo de regímenes exhibe frente a los principios que rigen la tributación, (8) la que se ve notablemente agravada cuando, además de condonar los impuestos y las sanciones omitidas, se permite a quienes se adhieren al "blanqueo" quedar liberados de las sanciones emergentes de la Ley Penal Cambiaria. (9)

Lo realmente irritante es que se conceda un perdón generalizado a favor de quienes incurrieron en conductas ilícitas graves (evasión agravada, facturas apócrifas funcionales a difundidos esquemas de corrupción, para citar solo algunos ejemplos) cuando simultáneamente hay otras personas que están siendo acusadas penalmente por conductas que en comparación resultan absolutamente inofensivas e inocuas. Piénsese en qué agravio para el orden público puede haber existido en que —refiriéndonos al caso que aquí nos ocupa— un exportador se haya demorado 5 días en liquidar las divisas de una operación de exportación, cuando al mismo tiempo la autoridad cambiaria está haciendo la vista gorda con delitos graves y regalando una amnistía sin precedentes que permitirá el archivo de resonantes casos de corrupción que involucran pérdidas millonarias para el fisco.

Los acusados por el BCRA en la causa que dio lugar al fallo aquí comentado no se adhirieron al régimen de la ley 26.476 ni ninguna vinculación tuvieron con este último, sin perjuicio de lo cual el Juez interviniente aprovechó la ocasión para poner de manifiesto la injusticia que se presenta cuando la vara utilizada para medir

no sólo no es la misma, sino que además es más rígida para quienes incurrieron en conductas más leves, y mucho más flexible para los responsables de infracciones de gravedad.

El fallo aquí anotado no esquivo el bulto y pone en el tapete la cuestión, actitud que a nuestro juicio merece ser aplaudida.

V. Conclusión

Desde el punto de vista de la óptica cambiaria, el fallo aquí comentado es importante ya que en el mismo se absuelve a los acusados sobre la base de un análisis de responsabilidad subjetivo, que rechaza la imputación objetiva y funcional empleada por el BCRA y que por el contrario considera atendibles las explicaciones brindadas por los acusados sobre una base de razonabilidad y justicia.

En este mismo sentido, la sentencia ratifica la plena aplicación de toda la gama de garantías que ofrece el derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional, dando además por superada la discusión sobre la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna a los ilícitos cambiarios, haciendo expresa mención a los precedentes del Máximo Tribunal que acogieron dicha postura ("Cristalux" y "Docuprint").

Por último, el magistrado interviniente pone de relieve la manifiesta injusticia que implica seguir persiguiendo penalmente a exportadores que con su esfuerzo aportan trabajo y valor agregado para la economía, mientras el último régimen de "blanqueo" aprobado por la ley 26.476 privilegia a contribuyentes que además de ser remisos en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, incurrieron en violaciones a la Ley Penal Cambiaria, y que por el mero hecho de acogerse a dicho régimen (sin necesidad siquiera de ingresar los fondos al país) quedan liberados de cualquier responsabilidad que pudiera haberles en ese sentido.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Este artículo prevé que: "La prescripción de la acción para perseguir las infracciones de cambio se operará a los SEIS (6) años. Dicho lapso se interrumpirá por los procedimientos que impulsen la investigación, practicados con conocimiento del inspeccionado, por los actos procesales de impulsión dictados por la jurisdicción administrativa o judicial y por la comisión de otra infracción."

(2) Sobre la configuración del dolo como requisito para que surja la responsabilidad penal cambiaria puede verse el conocido trabajo de Juan Carlos BONZÓN, "El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias", LA LEY, 1990-C, 1114. En el mismo sentido, DURRIEU (h.), Roberto, "El tipo subjetivo en el Derecho Penal Cambiario: ¿Culpa o dolo?", LA LEY, 04/05/2010, 1.

(3) La finalidad que inspiró el dictado de la Comunicación "A" 3608 fue la de establecer un mecanismo que evitara la liquidación especulativa de divisas por parte de aquellos exportadores que se demoraran en cumplir con dicha obligación. Al efecto, la norma preveía que en los casos de cobros de exportaciones cuyos vencimientos para la liquidación de divisas operaran a partir del día hábil siguiente al de la emisión de la Comunicación, debían ser liquidados al tipo de cambio de referencia informado por el BCRA para el día en que vencía el plazo de liquidación, salvo que este tipo de cambio fuera mayor al correspondiente al de la fecha de efectiva liquidación, en cuyo caso debía aplicarse éste último. La aplicación de este mecanismo fue suspendida mediante el dictado de Comunicación "A" 4668 (16/05/2007) "...para las liquidaciones extemporáneas que se practiquen a partir del 17.05.07, inclusive, de cobros de exportaciones, y de devolución de pagos anticipados y a la vista de importaciones, por los cuales no se hayan demostrado el despacho a plaza."

(4) Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N°160, del 28 de junio de 2007. En esta ocasión, se le solicitó opinión a esta entidad para que dictaminara sobre si el BCRA cuenta "...con atribuciones suficientes para disponer el archivo en sede administrativa de actuaciones iniciadas en el marco de la Ley de Régimen Penal Cambiario para investigar la presunta comisión de infracciones cambiarias, en los casos concretos en los que se compruebe y concluya fundadamente que no existen razones para avanzar en la investigación o para elevarlas a la justicia penal competente." Haciendo la salvedad de que no era válido emitir un dictamen sobre un universo no identificado de casos, la Procuración del Tesoro ratificó las facultades del BCRA de determinar la falta de mérito para efectuar acusaciones en casos concretos, cuando no concurren el elemento subjetivo y la configuración objetiva del tipo, por aplicación del principio de la ley penal más benigna, o por otras razones debidamente justificadas. En este mismo sentido, ver RIVA Jorge L., ALVAREZ AGUDO, Graciela, "Blanqueo de capitales y su repercusión en el sistema penal cambiario", LA LEY, 2009-D, 838.

(5) JA, 2006-II-72 y Fallos 329:1053, respectivamente.

(6) Ver MONCAYO, Néstor J., Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Depalma, 1985, SARAVIA FRÍAS, Bernardo, MAZZINGHI Marcos, "La Ley Penal Cambiaria y los principios generales de derecho penal común", LA LEY, 5 de diciembre de 2008, SABSAY, Daniel Alberto, "El Régimen Penal Cambiario a la luz de un sistema de garantías contemplado en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales", "Ponencia efectuada ante el Banco Central de la República Argentina" en ocasión de las "Jornadas sobre el Régimen Penal Cambiario", organizadas por el BCRA en agosto de 2009, DURRIEU

Roberto (h.), "El tipo subjetivo en el Derecho Penal Cambiario: ¿Culpa o dolo?", LA LEY, 4 de mayo de 2010. RIVA, Jorge L., ALVAREZ AGUDO, Graciela, "El régimen penal cambiario y los exportadores argentinos", LA LEY, 23/04/2010, 3.

(7) Pese a que así lo exige la Circular Interna de Superintendencia del BCRA N°27/02 que regula las pautas operativas que deben seguir los diferentes departamentos del BCRA para tramitar las actuaciones presumariales en las que se investigue la presunta comisión de los ilícitos previstos en la Ley Penal Cambiaria. El Punto 4 de su Anexo prevé literalmente 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."

(8) "El "blanqueo" de capitales ante principios constitucionales", LA LEY, 3 de marzo de 2009.

(9) La extensión de los efectos del "blanqueo" a la responsabilidad emergente de los ilícitos cambiarios no ha quedado exenta de cuestionamientos tal como hemos destacado en "El blanqueo de capitales y los efectos sobre la Ley Penal Cambiaria", LA LEY, 18 de marzo de 2009 y "Efecto del dictamen de la Procuración del Tesoro sobre infracciones cambiarias y el blanqueo de capitales", La Ley Online.