

Voces: REGIMEN PENAL CAMBIARIO ~ LEY PENAL ~ INFRACCION CAMBIARIA ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ SUPERINTENDENCIA ~ CIRCULAR DEL BANCO CENTRAL ~ FACULTADES DE ORGANISMO PUBLICO ~ INVERSION ~ MONEDA EXTRANJERA ~ COMPRAVENTA DE DIVISAS ~ AUTORIZACION ADMINISTRATIVA ~ LEY PENAL EN BLANCO ~ PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ PRINCIPIO DE LEGALIDAD ~ IMPUTADO ~ ABSOLUCION ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ APLICACION DE LA LEY ~ VIGENCIA DE LA NORMA ~ COMPRAVENTA

Título: La entrada en vigencia de las Comunicaciones del BCRA

Autor: Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 15/08/2011, 15/08/2011, 9 - LA LEY2011-D, 609

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B ~ 2011-04-15 ~ Aceitera General Deheza S.A. y otros](#)

Cita Online: AR/DOC/2147/2011

Sumario: I. Introducción.- II. Los hechos.- III. El fallo de Cámara.- IV. Nuestra opinión.- V. Conclusión.

I. Introducción

El propósito de estas líneas es comentar el reciente fallo dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en la causa "Aceitera General Deheza S.A. y otros s/Inf. Ley 24.144", en el que se analizaron interesantes cuestiones vinculadas con el régimen penal cambiario y las normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina ("BCRA") en su calidad de autoridad de aplicación de dicha materia.

Lo rescatable del fallo radica en la perspectiva con la que se enfoca el tema de la entrada en vigencia de las Comunicaciones del BCRA —a nuestro juicio acertada— y su relación con los principios y garantías que amparan a quienes son acusados penalmente de haber infringido el régimen de cambios.

También es merecedora de elogio la breve pero contundente reflexión contenida en el voto mayoritario en el sentido de vedar la posibilidad de acusar penalmente a una persona por el mero hecho de ostentar el carácter de presidente del directorio de una persona jurídica.

II. Los hechos

Los hechos que dieron lugar a la sentencia aquí comentada pueden resumirse de la siguiente manera:

El 4 de septiembre de 2002, Aceitera General Deheza S.A. (la "Compañía") compró divisas por un monto de dos millones ciento cuarenta mil Dólares Estadounidenses (U\$S 2.140.000) en el Banco Bansud S.A., bajo el concepto inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas. Al momento de perfeccionarse esta adquisición, la normativa cambiaria no prohibía ni sujetaba a límite alguno la compra de dólares estadounidenses, por lo que la legitimidad de esta conducta es incuestionable.

Con fecha 6 de septiembre de 2002, el BCRA emitió la Comunicación "A" 3722 (Adla, LXII-E, 5317), la que en su parte pertinente dispone que: " a. Las personas físicas y jurídicas deberán contar con la conformidad previa de este Banco para la realización de compra de billetes y divisas en moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios, por los siguientes conceptos, inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas, otras inversiones en el exterior de residentes, inversiones en el exterior de personas jurídicas, y compra para tenencia de billetes extranjeros en el país. b. El requisito establecido en el párrafo precedente no es de aplicación, cuando en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios y por mes calendario la persona física o jurídica no supere un nivel de compras por el total de conceptos mencionados, del equivalente de dólares estadounidenses 100.000. Las entidades autorizadas a operar en cambios deberán contar con la declaración jurada del cliente sobre el cumplimiento del límite establecido en la presente norma, previamente al curso de estas operaciones. c. A los efectos del límite dispuesto en el párrafo precedente, por las operaciones que se realicen a partir de la fecha, también deberán computarse las operaciones realizadas a partir del 02 de septiembre próximo pasado, inclusive...".

La Comunicación del BCRA "A" 3722 prevé que sus disposiciones comienzan a regir "a partir del día de la fecha" (por el 06/09/2002) pero la misma recién fue publicada en el Boletín Oficial el 24 de Septiembre de 2002.

Con fecha 27 de septiembre de 2002 la Compañía realizó una nueva operación de compra de divisas —esta vez en el MBA Banco de Inversiones S.A.— por un valor de cien mil dólares estadounidenses (U\$S 100.000) sin contar con la conformidad del BCRA y por el mismo concepto descripto en los párrafos precedentes.

A raíz de esta nueva adquisición de divisas, el BCRA consideró que la Compañía habría cometido una infracción a la Comunicación "A" 3722, ya que el inciso c. de dicha norma prevé expresamente que a los efectos del cómputo del límite allí previsto, deben tomarse en cuenta las operaciones que hubieren sido realizadas a partir del 2 de septiembre de 2002.

En este sentido, la compra de U\$S 2.140.000 realizada por la Compañía el 4 de septiembre de 2002 habría agotado el límite previsto por el inciso b. de la Comunicación "A" 3722, impidiéndole a la Compañía adquirir ni

un solo dólar adicional durante ese mes calendario, a menos que dicha compra estuviera previamente autorizada por el BCRA.

Sobre la base de esta interpretación, el BCRA inició un sumario penal cambiario a la Compañía, a su Presidente y al apoderado que habría firmado el boleto de cambio mediante el cual se adquirieron los U\$S 100.000.

Al presentar su descargo, la Compañía cuestionó la constitucionalidad del inciso c. de la Comunicación "A" 3722 por considerar al mismo violatorio del principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional) y del principio de irretroactividad de la ley penal, habiendo el magistrado de primera instancia [\(1\)](#) aceptado dicho planteo y por ende declarado la inconstitucionalidad del mentado inciso.

En este sentido, la sentencia en cuestión dispuso que: "toda vez que mediante Comunicación "A" 3722 del BCRA se dispone que serán tenidas en cuenta operaciones cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia, a fin del cómputo del límite establecido en dicha Comunicación para la compra de billetes y divisas en moneda extranjera, el apartado c. de la referida Comunicación deviene contrario al principio constitucional de legalidad. Esto es así toda vez que pretende alcanzar y tener consecuencias sobre actos efectuados con anterioridad a su dictado, con efectos retroactivos."

El pronunciamiento mencionado fue apelado por el representante del Ministerio Público Fiscal, dando lugar a la sentencia que motiva el presente comentario.

III. El fallo de Cámara

En un enjundioso fallo —con el voto favorable del Dr. Roberto E. Hornos y el Dr. Nicanor M.P. Repetto y el voto en disidencia del Dr. Marcos A. Grabivker— la Cámara revoca la declaración de inconstitucionalidad del inciso c. de la Comunicación "A" 3722, pero resuelve absolver a los acusados por considerar que a la fecha en la que habría tenido lugar la supuesta infracción la norma extrapenal no había entrado en vigencia.

Para así decidir, el fallo de Cámara consideró que "existe una diferencia sustancial entre pretender que una norma tenga aplicación a hechos que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de aquélla, en manifiesta violación al principio de legalidad (art. 18 C.N.), con que una norma tenga en cuenta hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia como referencia de cómputo para reglamentar conductas que puedan ser cumplidas, o no, en un período futuro, a partir de que la norma nueva sea obligatoria, que es lo que ocurre en el caso."

La Cámara distingue entre la pretensión de incriminar conductas celebradas con anterioridad a la entrada en vigencia de una norma —situación que indudablemente resultaría violatoria de los principios de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal— con la disposición que toma en cuenta operaciones realizadas antes de que entre en vigencia la norma en cuestión, al mero efecto del cómputo de un límite que regirá sólo a partir de que esa nueva norma se torne obligatoria.

La Cámara reputa esto último como plenamente válido, por lo que revoca la declaración de inconstitucionalidad dictada en primera instancia.

Sin embargo, los acusados penalmente son absueltos, por considerar el voto mayoritario que a la fecha en la que tuvo lugar la supuesta infracción (27 de septiembre de 2002) la Comunicación "A" 3722 no se encontraba vigente por no haber transcurrido —desde su publicación en el Boletín Oficial— los 8 días previstos en el artículo 2º del Código Civil.

La cuestión que a simple vista parece evidente no lo es tanto, ya que la Comunicación "A" 3722 fue dictada el 6 de septiembre de 2002, disponiendo la misma expresamente que sus disposiciones comenzaban a regir a partir de ese mismo día.

IV. Nuestra opinión

El fallo es interesante por varios motivos, entre los que pueden resaltarse principalmente dos:

- i. En su desarrollo se estudia la relación entre el principio de legalidad y las conductas celebradas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma extrapenal que complementa a la ley penal en blanco.
- ii. Se analiza con profundidad la cuestión de la entrada en vigencia de las Comunicaciones emanadas del BCRA, materia álgida que en la práctica ofrece un terreno fértil a las controversias.

El primero de los temas planteados consiste en descifrar si constituye una violación al principio de legalidad (art. 18 CN) el tomar en cuenta una conducta realizada con anterioridad a la entrada en vigencia de una Comunicación del BCRA, a los efectos de determinar si una conducta posterior configura una violación a esa norma cuando la misma entra en vigencia.

En el caso bajo análisis una empresa adquirió U\$S 2.140.000 cuando la normativa cambiaria en vigor indiscutiblemente lo permitía, pero días más tarde se publicó en el Boletín Oficial una Comunicación del BCRA disponiendo que a partir de la entrada en vigencia de esta nueva norma, las compras superiores a UD\$100.000 por mes calendario estaban sujetas a la previa aprobación del BCRA, debiendo computarse en dicho límite las

adquisiciones de divisas que hubieren tenido lugar antes de la entrada en vigencia de esa norma.

A raíz de este último agregado, la Compañía quedó imposibilitada de comprar nuevos dólares, ya que durante los primeros días de ese mes —mientras la norma en cuestión no estaba vigente— había ya adquirido U\$S 2.140.000, por lo que la compra de un solo dólar sin la conformidad del BCRA la colocaba en situación de infracción a la normativa cambiaria.

Tal como se explicó en el apartado II precedente, la adquisición de los U\$S 2.140.000 tuvo lugar el 2 de septiembre de 2002, cuando las normas del BCRA no prohibían ni restringían dicha conducta.

El 24 de septiembre de 2002 se publica la Comunicación del BCRA "A" 3722, disponiendo en su inciso b. que las compras superiores a U\$S 100.000 por mes calendario quedan sujetas a la previa autorización del BCRA y en su inciso c. que "a los efectos del límite dispuesto en el párrafo precedente, por las operaciones que se realicen a partir de la fecha, también deben computarse las operaciones realizadas a partir del 2 de septiembre próximo pasado, inclusive...". (2)

Con fecha 27 de septiembre de 2002, la empresa adquirió U\$S 100.000, pero dado que el 2 de septiembre de 2002 ya había adquirido U\$S 2.140.000, el BCRA consideró que se había infringido la normativa cambiaria, iniciándole un sumario penal cambiario a la empresa, a su presidente y al apoderado que había firmado el boleto de cambio a través del cual se adquirieron las divisas.

La operación que habría trasgredido la normativa cambiaria y que configuraría la infracción imputada en la presente causa es inequívocamente la operación de compra de divisas realizada por Aceitera General Deheza S.A. el 27 de septiembre de 2002, por un monto de U\$S 100.000, sin que haya sido cuestionado el ajuste a derecho de la operación efectuada el 4 de septiembre de 2002, la cual tuvo lugar con anterioridad a la emisión de la Comunicación "A" 3722.

Dado que a los efectos de determinar la licitud o ilicitud de la conducta, el análisis se basa en los hechos ocurridos después de emitida la norma, en principio (3) coincidimos con la opinión de la Cámara en el sentido de que el inciso c. de la Comunicación "A" 3722 no repugna los principios de legalidad ni el de irretroactividad de la ley penal.

El mero hecho de que la norma prevea que, a los efectos del cómputo del límite máximo de divisas, quienes operen en cambios podrán adquirir —sólo a partir de la entrada en vigencia de la nueva norma— y debiendo tener en cuenta las adquisiciones de divisas celebradas con anterioridad a esa norma, no justifica por sí sola la declaración de inconstitucionalidad del inciso c. de la Comunicación "A" 3722. (4)

Esta decisión es a nuestro juicio correcta, pero más acertado aun es el análisis que la Cámara realiza sobre el momento a partir del cual puede considerarse que la norma ha comenzado a regir.

Sobre este último punto, el BCRA sostuvo que al momento de perfeccionarse la compra de los U\$S 100.000 (el 27 de septiembre de 2002) la Comunicación "A" 3722 se encontraba plenamente vigente, ya que ésta había sido dictada el 6 de septiembre de 2002, disponiendo al efecto que comenzaba a regir a partir de dicha fecha.

La discusión se vuelve más compleja aún si se tiene en cuenta que la Comunicación "A" 3722 fue publicada en el Boletín Oficial el 24 de septiembre de 2002, es decir, tres días antes de que la Compañía adquiriera los dólares estadounidenses en infracción del límite máximo previsto en esa norma.

Como puede apreciarse de lo expuesto, el momento a partir del cual la Comunicación "A" 3722 se encontró plenamente vigente admite diversas interpretaciones.

La postura más extrema se inclinará por sostener que la Comunicación "A" 3722 entró en vigencia a partir del mismo día de su emisión, es decir desde el 6 de septiembre de 2002, ya que el propio texto de la norma así lo disponía.

Una posición intermedia podrá esgrimir que el comienzo de la vigencia de la norma debe situarse en la fecha en la que la misma fue publicada en el Boletín Oficial, sin necesidad de que transcurran los 8 días previstos en el artículo 2° del Código Civil.

Por último, la corriente más conservadora —que es aquella en la que se enrola el fallo aquí comentado— invocará que independientemente de que la Comunicación "A" 3722 disponga que ésta entra a regir a "partir de la fecha", no puede prescindirse ni de la publicación en el Boletín Oficial ni del lapso de 8 días previsto en el artículo 2° del Código Civil.

En este sentido, y en relación con las normas que complementan las denominadas leyes penales en blanco, la Cámara sostiene que "...como parte integrante o complementaria de las disposiciones penales de fondo, aquellas normas se encuentran alcanzadas por las mismas previsiones que estas últimas en lo relativo al momento en el cual son obligatorias."

Continúa afirmando la Cámara que "para que una ley de la Nación tenga plena vigencia no alcanza con que sea sancionada por el Poder Legislativo Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional, sino que es exigencia constitucional, interactuante con los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal acuñados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, el 9 de la Convención Americana de Derechos

Humanos, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que aquélla sea publicada, de modo que pueda ser conocida por sus destinatarios."

Es que es de la esencia misma de un sistema republicano de gobierno y de los principios básicos de un estado de derecho (5) la exigencia de que las normas sean publicadas para sólo después entrar en vigencia, por lo que no podemos más que coincidir con la postura adoptada por la Cámara en el sentido de supeditar la entrada en vigencia de la Comunicación "A" 3722 a su previa publicación en el Boletín Oficial y al transcurso de los 8 días previstos en el artículo 2° del Código Civil. (6)

Al aplicarse esta línea argumental al caso aquí analizado, se concluye que la Comunicación "A" 3722 apenas comenzó a regir los primeros días de octubre de 2002, por lo que la compra de dólares realizada por la Compañía el 27 de Septiembre de 2002, no puede ser objeto de incriminación penal sin violentar ostensiblemente el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

Al analizar el momento a partir del cual entra en vigencia la norma, la Cámara distingue claramente la situación de las entidades financieras respecto de las demás personas a quienes las disposiciones de la Comunicación pueden afectar. Respecto de las entidades financieras, el voto mayoritario considera válido que las Comunicaciones comiencen a regir a partir del momento mismo en que son comunicadas por medio del canal de comunicación oficial previsto entre el BCRA y las entidades mencionadas. (7)

En este sentido, el voto mayoritario resalta enfáticamente el hecho de que la Comunicación "A" 3722 tuvo como destinatarios a "las entidades financieras" por lo que sólo respecto de estas últimas se podrá considerar que la norma entró en vigencia a partir del día de su dictado (06/09/2002), requiriéndose su publicación en el Boletín Oficial y el transcurso de los 8 días previstos en el artículo 2° del Código Civil respecto de todas las demás personas.

Si bien podría llegar a admitirse —excepcionalmente y con bastantes reparos— el argumento conforme al cual para las entidades financieras las Comunicaciones del BCRA rigen a partir del momento mismo de su dictado, es importante no dejar de señalar lo irrazonable de muchas de las normas emanadas del BCRA, en el sentido de que pretenden introducir modificaciones drásticas a la política de cambios sin dar siquiera tiempo a las entidades financieras a adaptar sus sistemas y mecanismos para poder garantizar un adecuado control. La fijación de un límite para la compra de dólares —o su incremento o reducción— requieren no sólo de la implementación de cambios operativos en los sistemas de los bancos, sino que además exigen la capacitación del personal que llevará adelante dicho control, por lo que resultaría aconsejable que en esos casos las Comunicaciones del BCRA previeran un plazo razonable para que las entidades financieras estén en condiciones fácticas de establecer un control eficaz.

V. Conclusión

El fallo aquí comentado constituye un valioso precedente, por cuanto no deja lugar a dudas en el sentido de que las normas dictadas por el BCRA rigen a partir de los 8 días siguientes a su publicación en el Boletín Oficial, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Código Civil, salvo que expresamente dispongan una fecha determinada, la que en ningún caso podrá ser anterior a la fecha de dicha publicación.

Celebramos también el criterio adoptado por la Cámara para rechazar la imputación penal efectuada contra el Presidente de la Compañía, por el mero hecho de ostentar dicho cargo, por considerar a la misma como una "atribución de responsabilidad penal por criterios meramente objetivos, lo no cual no resulta jurídicamente admisible." (8)

En este sentido la Cámara rechaza la posibilidad de imputar responsabilidad penal al Presidente sin individualizar una conducta concreta por la cual pueda establecerse que este último ha intervenido personalmente en los hechos investigados, (9) postura que a nuestro juicio es digna de elogio.

A modo de conclusión citamos las propias palabras de la Cámara al sostener que "Por variante que pueda presentarse la normativa vinculada a los procesos económicos, como regla general, aquélla no puede quedar fuera del alcance de las disposiciones constitucionales y legales de jerarquía superior (arts. 31 y 75 inc. 22 de la C.N.) vinculadas al principio de legalidad y a la necesidad de publicación de las normas."

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

(1) Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8, Secretaría N° 16.

(2) El destacado nos pertenece.

(3) Cabría preguntarse qué ocurriría si en lugar del límite para la compra de dólares estuviéramos analizando el instituto de la reincidencia. ¿Resultaría válido —a los efectos de determinar si una persona es reincidente— tomar en cuenta conductas celebradas de manera previa a la entrada en vigencia de una norma que tipifica penalmente esa misma conducta?

(4) Es importante tener en cuenta que de conformidad con lo previsto en la Comunicación "A" 3722, el

límite en cuestión rige mensualmente; por lo que la Compañía podría haber adquirido los U\$S 100.000 unos pocos días más tarde, utilizando al efecto el límite disponible del mes de octubre de 2002. Es decir que el hecho de haber computado dentro del límite máximo permitido, a una operación celebrada con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma no implicó para la Compañía la imposición retroactiva de una prohibición absoluta, sino que simplemente le imponía el condicionamiento de tener que esperar unos pocos días para poder acceder al mercado de cambios a adquirir hasta U\$S 100.000.

(5) BUERES Alberto J., HIGHTON Elena I., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 4.

(6) El artículo 2° del Código Civil prevé que las leyes son obligatorias a partir de la fecha en la que las mismas determinen, y que "si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial." En este caso la Cámara consideró que la mención contenida en la Comunicación "A" 3722 en cuanto prevé que lo dispuesto por la misma tenía vigencia "a partir del día de la fecha", no tenía virtualidad suficiente para insuflar vigencia a la norma respecto de terceros distintos a las entidades financieras (ver Considerandos XXIII y XXIV del fallo), que son los únicos y exclusivos destinatarios de la norma. Respecto de estos últimos no sólo se requiere la publicación en el Boletín Oficial, sino además el transcurso de los 8 días previstos en el artículo 2° del Código Civil.

(7) Sistema de Telecomunicaciones del Área Financiera (STAF) implementado por Comunicaciones BCRA "A" 1893 y "A" 3221.

(8) Considerando XXXI del fallo.

(9) En este caso puntual el Presidente de la Compañía no había firmado la declaración jurada utilizada para adquirir los dólares y la Cámara consideró que en atención al monto de la operación, aquella "pudo en aquel momento no ser conocida por el presidente del directorio de una sociedad de la envergadura de Aceitera General Deheza S.A." Es importante que la Cámara tome en cuenta estos datos subjetivos (el monto de la operación y su relación con la envergadura de la sociedad, el lugar en donde residía el presidente y el lugar en donde se celebró la supuesta infracción, el hecho de que el presidente no haya firmado la declaración jurada, etc.), ya que ponen de relieve la supremacía de la imputación subjetiva de responsabilidad penal, por encima de las pretensiones de imputar —refleja y objetivamente— esta última a una persona por el mero hecho de ostentar un cargo en un órgano societario.