



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

Análisis constitucional del Régimen Penal
Cambiario Argentino. Ley 19.359

N° 683

María Florencia Linares

Tutor: Maximiliano Diego Vaccalluzzo

Departamento de Investigaciones
Fecha defensa de tesina: 25 de marzo de 2015

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

“Ciertamente, yo no me hago ilusiones en torno a la eficacia de mis palabras. Pero no olvido que, según la enseñanza de aquél sensacional filósofo que todos deberíamos ver en Cristo, aun queriendo considerarlo solamente como hijo del hombre, las palabras son semillas. Aun cuando con el gramo mío se mezcle desgraciadamente mucha cizaña, alguno de estos gramos puede ser capaz de germinar. Por eso, sin presunción pero con devoción, lo siembro. No pretendo que la cosecha me remunere con ciento, ni con sesenta, ni con treinta por uno. Aun cuando uno solo de los gramos germinase, no habría sembrado en vano”.

Francesco Carnelutti, “Las miserias del proceso penal”.

ÍNDICE GENERAL

1	Introducción y metodología aplicada	5
	Capítulo I	
	Derecho penal cambiario	
1.1	Definición	6
1.2.	Particularidades	6
	Capítulo II	
	Bien jurídico tutelado	
2.1.	Preliminar	7
2.2.	Las diversas caracterizaciones de los bienes jurídicos: bienes individuales y supraindividuales; bienes generales y bienes difusos	8
2.3.	¿Cuál es la importancia que asume el bien jurídico en la criminalización de la conducta?	9
2.4.	El bien jurídico como motivo de apartamiento de los principios generales del derecho penal	10
	Capítulo III	
	Principios generales y reglas legales del Régimen Penal Cambiario	
3.1.	Preliminar	13
3.2.	El principio de legalidad y la ley penal en blanco	13
	3.2.1. Diferentes supuestos de leyes penales en blanco	15
	3.2.2. El particular caso del art. 1 inc. f)	16
	3.2.3. Análisis de la jurisprudencia	17
3.3.	El principio de ley penal más benigna	18
	3.3.1. Análisis de la jurisprudencia	19
	3.3.2. Análisis doctrinario sobre ley penal más benigna	23
3.4.	La reincidencia y su sanción aplicable	24
	Capítulo IV	
	Las características y deficiencias del procedimiento penal cambiario	
4.1.	Nociones generales	25
4.2.	Facultades <i>cuasijurisdiccionales</i> del BCRA	25
4.3.	Derecho administrativo sancionador y Derecho penal. Proyección de principios fundamentales del Derecho penal	31
	Conclusiones finales	33
	Bibliografía utilizada	36
	Bibliografía de consulta	38

Introducción y metodología aplicada

Desde la introducción en el marco del Derecho penal del Régimen Cambiario, la literatura científica se ha ocupado intensamente de su estudio, para esclarecer los debates actuales. Esta investigación también se propone ser parte de ese esclarecimiento.

La relevancia del objeto de estudio aquí expuesto, se evidencia en la flagrante violación del Régimen Penal Cambiario a nuestras garantías penales que poseen jerarquía constitucional.

La Ley penal cambiaria merece un exhaustivo análisis de todos los cuestionamientos que arroja. Por esto, es necesario plantear cada uno de ellos y valorarlos.

A fin de dar respuesta a estos interrogantes, resulta indispensable dividir el trabajo de investigación en cuatro etapas de análisis.

La primera etapa de análisis que hemos de denominar "Derecho Penal Cambiario" tiene por objeto establecer qué se entiende en la doctrina por ese concepto, y desmesurar su definición.

A tal fin, incursionaremos en las particularidades que posee su conceptualización y verificaremos algunas precisiones respecto del derecho penal económico como género del derecho penal cambiario.

Por su parte, en la segunda etapa de análisis ahondaremos en cuál es el bien jurídico que el Derecho penal cambiario se propone tutelar o proteger. En esta segunda sección nos referiremos a las diversas categorizaciones de bienes jurídicos, al mismo tiempo que tendrá por finalidad corroborar cuál es la importancia del bien jurídico en la criminalización de la conducta y si existen razones para el apartamiento de los principios generales del Derecho penal en virtud del bien jurídico tutelado.

La tercera etapa analítica, a la cual designaremos: "Principios generales y reglas legales del régimen penal cambiario", llevará adelante una revisión crítica y exhaustiva del principio de legalidad y la ley penal en blanco, el principio de ley penal más benigna y la reincidencia. Siempre haciendo alusión a la doctrina y jurisprudencia que se refiere a los mismos.

Por último, pero no menos importante, analizaremos las características y deficiencias del procedimiento penal cambiario. Para esto, nos inmiscuiremos en las facultades cuasijurisdiccionales que la ley penal cambiaria le atribuye al Banco Central, a través del análisis de determinados artículos de la ley. Al mismo tiempo, haremos una breve referencia sobre los aspectos distintivos del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, propugnando la proyección de los principios generales del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, de manera que este último goce de todo lo benéfico que el Derecho penal posee.

En virtud de todo lo expuesto, extraeremos una conclusión final que nos permitirá dilucidar, si la técnica legislativa y la orientación político-criminal elegida, realmente tienden a tutelar el bien jurídico expresado o si más bien, mediante esta construcción legislativa se persigue encubiertamente responder a intereses político-económicos, de manera que debería declararse la inconstitucionalidad de la ley penal cambiaria.

I. Derecho Penal Cambiario

1.1 Definición

GERSCOVICH, define el Derecho Penal Cambiario como “conjunto de normas de derecho público y naturaleza penal, sustanciales y procesales, que tipifican las conductas ilícitas, prevén y sancionan las responsabilidades de los sujetos que intervienen en las operaciones cambiarias”¹.

1.2. Particularidades

Tres órdenes de particularidades contienen la definición del autor.

- a) En primer lugar, el derecho penal cambiario como *conjunto de normas de derecho público y naturaleza penal, sustanciales y procesales*. Esto es tal porque es producto de una ley federal especial, Ley N° 19.359 (t.o. por dec. 480/1995, denominada Ley Penal Cambiaria, en adelante LPC), y además se integra con otras normas del Código Penal de la Nación, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (LNPA), el Código Procesal Penal de la Nación, y otras normas emergentes de la atribución reglamentaria de la Administración y la autoridad cambiaria. Este conjunto de normas se encuentra comprendido dentro de la rama del Derecho Público. No obstante su pertenencia al Derecho Público como denominador común, éste último tiene una característica particular: es de naturaleza penal. La naturaleza penal se puede vislumbrar en el art. 1 de la LPC, a través de los hechos punibles, en correlación con el art. 2 de la citada ley donde se establece la consecuencia jurídica, es decir, la sanción, que en este caso son las siguientes: multa, prisión e inhabilitación. Pero aparte de los hechos punibles estables (art. 1 incs. a), b), c) y d) LPC), hay otras disposiciones de carácter general que también pertenecen al derecho público, pero administrativo. Éstas últimas, también integran las tipificaciones, pero sólo de modo indirecto forman parte de la definición, ya que provienen de la autoridad administrativa-cambiaria. No obstante, lo que se destaca en ellas es la sanción penal prevista en la ley².
- b) En segundo lugar, *tipifican las conductas ilícitas, prevén y sancionan*. De esta manera, el legislador realiza la descripción de los presupuestos materiales que acarrearán la aplicación de una pena. La tipificación implica que el individuo que realice esa conducta ilícita sea merecedor de una pena. En este caso, la ley establece dos clases de sanciones: penas de multa (para infractores primarios) o de prisión con multa agravada (para reincidentes), sin perjuicio de las inhabilitaciones para operar en cambios. Sin embargo, el rigorismo técnico de la tipicidad se atenúa aquí, ya que la LPC contiene un caso de ley penal “en blanco” (art. 1 inc. f)).
- c) En tercer lugar, [...] *las responsabilidades de los sujetos que intervienen en las operaciones cambiarias*. Esta última parte de la definición aporta un claro presupuesto objetivo para que se configure la responsabilidad de los sujetos: debe tratarse de conductas ilícitas dentro de una operación cambiaria. De esta manera, es necesario precisar el concepto de una operación de cambios: “es un traspaso de divisas, incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional”³.

Lo expuesto en las líneas precedentes nos permite ir acercándonos a un concepto y conlleva naturalmente a las conclusiones siguientes.

Por principio, no es posible explayarse sobre el DPC sin hacer antes algunas precisiones genéricas acerca del derecho penal económico. Corresponde analizar, brevemente, los principios y reglas rectoras del derecho penal económico antes de explayarnos sobre el derecho penal cambiario⁴. El cuerpo legal del DPC se halla comprendido dentro del espectro normativo denominado “Derecho Penal Económico”. Es necesario realizar una conceptualización del derecho penal económico, no obstante se aprecia una cierta inseguridad para fijar un concepto del mismo, en la medida que no puede hablarse con la misma certeza de delitos económicos como de delitos contra la vida o la integridad física o de delitos sexuales y esta indefinición se manifiesta tanto desde una perspectiva empírica como normativa. Sin embargo, es posible una aproximación conceptual a través de la caracterización del delito económico: “*son delitos*

¹ GERSCOVICH, Carlos Gustavo, “Derecho Económico Cambiario y Penal”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2006, pág. 325.

² GERSCOVICH, op. cit., pág. 325.

³ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 159.

⁴ GERSCOVICH, ob. cit., pág. 289.

económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de trabajo de ese orden económico". Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores⁵.

A modo de ver MARTOS NUÑEZ, "delito económico" es: "*La acción realizada por personas respetables de elevada posición socio-económica, en el desempeño de su profesión y con abuso de poder, que lesiona o pone en peligro manifiesto y grave el orden público económico*". Por orden público económico ha de entenderse la estructura socio-económica que configura el sistema económico constitucional; es decir, el conjunto de instituciones que regulan tanto la intervención de los agentes económicos, públicos o privados, en la economía, como los mecanismos que disciplinan la producción, consumo y conservación de la riqueza nacional⁶.

Al mismo tiempo, el derecho penal cambiario (DPC) es derecho penal. Éste configura una especie del derecho penal, aunque no forme parte del Código Penal. De esta manera, al formar parte del derecho penal, se aplican al derecho penal cambiario los principios penales y procesales penales fundamentales que surgen de la Constitución Nacional⁷.

II. Bien Jurídico tutelado

2.1. Preliminar

Como ya hemos explicado, al estar frente a un ordenamiento de naturaleza penal, debemos preguntarnos aquí, cuál es el bien jurídico que el ordenamiento busca tutelar, cuya violación hace pasible al autor de ser sancionado con penas pecuniarias y privativas de libertad.

Los tipos penales tienen como base un bien jurídico al cual se refieren o se relacionan, dentro de la estructura clásica: tipo penal – norma – bien jurídico. "*Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones*"⁸. Sin embargo, Welzel explica que el conjunto de los bienes jurídicos no genera un "montón atomizado", sino que constituye el mismo orden social, y en consecuencia, el alcance de un bien jurídico no ha de ser considerado aisladamente, sino en concordancia conjunta con todo el orden social. El derecho penal garantiza a esos bienes jurídicos un amparo contra posibles lesiones; sin embargo, ese amparo no lo presta en forma omnímoda, ya que, como adelantábamos antes, cada uno de los bienes jurídicos no pueden ser valorados aisladamente, porque forman parte de la vida social. El derecho penal solamente protege a los bienes jurídicos sólo contra determinada clase de agresiones. El derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole. Pero detrás de esas proscripciones están los valores del acto, que son los más esenciales deberes ético-sociales, a los cuales garantiza, sancionando con pena a todas aquellas acciones que los lesionen. Así las cosas, el derecho penal logra una protección de los bienes, y además circunscribe dicha protección a las agresiones ético-socialmente reprobables⁹.

Explicados así los fundamentos y el concepto de bien jurídico, resulta apropiado evaluar ahora cuál es el bien jurídico protegido por la LPC, ya que en virtud del mismo habrá razones -o no- para la criminalización de la conducta, es decir, para ser protegido mediante la sanción penal.

En primer lugar, cabe destacar que no está del todo claro cuál es el bien jurídico protegido por la LPC.

⁵ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Introducción al Derecho Penal Económico", en BACIGALUPO, Enrique, "*Curso de Derecho Penal Económico*", MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A., Madrid, 2005 (2da. Edición), pág. 25.

⁶ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "*Derecho Penal Económico*", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1987, págs. 160 y 161.

⁷ BONZÓN RAFART, Juan Carlos, "El Derecho Penal Cambiario. Antecedentes. Bien jurídico protegido. Principio de legalidad", en GÓMEZ, Teresa, "*DOCTRINA PENAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA N° 7*", Buenos Aires, Julio 2008, Ed. ERREPAR, pág. 11.

⁸ WELZEL, Hans, "*Derecho Penal. Parte General*", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, págs. 5 y 6.

⁹ WELZEL, Hans, "*Derecho Penal. Parte General*", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 6.

GERSCOVICH¹⁰ manifiesta que el bien jurídico tutelado por la ley es el mercado cambiario. No obstante, considera que dicho bien jurídico no contempla con la profundidad necesaria otros ángulos del problema. En efecto, este autor entiende que el examen de los tipos acuñados por la ley evidencia una diversidad de bienes jurídicos protegidos. En la misma postura, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en algunos casos ha circunscripto el bien jurídico protegido al funcionamiento del mercado cambiario, al expresar "(...) *el bien jurídico protegido por el Régimen Penal Cambiario se vincula con el adecuado control por parte de la autoridad competente de la actuación de los autorizados a operar en el mercado de cambios*"¹¹.

Desde otra perspectiva, la CSJN ha dicho al respecto "[...] esta Corte ha destacado desde tiempo atrás la trascendencia que reviste el régimen de control de cambios en la economía, en tanto tiene como objeto proteger la moneda y regular las importaciones, de modo que su infracción causa un daño *"consistente en la perturbación u obstaculización de la política económica y financiera del Estado"*¹². En este mismo sentido, la doctrina entiende que "[...] *en orden al bien jurídico protegido, las disposiciones del régimen penal cambiario tiene como tal, al igual que el derecho penal económico, en forma genérica, el orden económico protegiendo a su través los fines y políticas económicas del Estado, y de manera más específica, la tipificación y sanción de conductas previstas en él, tiende a proteger el valor de nuestra moneda y a asegurar la seriedad de las transacciones internacionales*[...]"¹³.

No obstante, en otras ocasiones se han utilizado conceptos más amplios: *"el bien jurídico protegido en el caso de los ilícitos cambiarios es la protección del orden público económico y el interés superior de la sociedad de regular adecuadamente las relaciones económicas en función del bienestar comprometido con ciertas actividades de índole económica"*¹⁴. Se ha criticado¹⁵ la falta de precisión de tal criterio para definir el bien jurídico protegido, en tanto el concepto de "orden público económico" resulta insuficiente, impreciso y ambiguo, generando así mayor inseguridad jurídica.

En efecto, el examen de la doctrina y jurisprudencia evidencia una diversidad de bienes jurídicos protegidos por la LPC, de manera que algunos autores consideran que el bien jurídico es el valor de la moneda, mientras otros apuntan al mercado cambiario, o bien, al orden público económico. Lo cierto es que la cuestión tiene varias respuestas, lo cual nos hace caer en un sentido amplio, diversificado y variable.

2.2. Las diversas caracterizaciones de los bienes jurídicos: bienes individuales y supraindividuales; bienes generales y bienes difusos.

Siguiendo a Martínez-Bujan Pérez, dentro de los delitos socio-económicos encontramos aquellos que tutelan un bien jurídico individual, que se caracterizan por tener una proyección mediata sobre el orden socio-económico, y también delitos que amparan bienes jurídicos de naturaleza supra-individual¹⁶. Esto nos acerca a la caracterización doctrinaria de los bienes jurídicos, por un lado los bienes jurídicos individuales, y por otro lado los bienes jurídicos supra-individuales, distinción ésta que se basa en la proyección mediata o inmediata sobre el orden socio-económico.

No obstante, dentro del especial orden de los bienes jurídicos supraindividuales, encontramos una sub-especie: por un lado, los bienes jurídicos generales, que son aquellos que representan los intereses de la generalidad de las personas que integran una comunidad social; y, por otro lado, hallamos los bienes jurídicos difusos, que se caracterizan por representar intereses de grupos extraordinariamente amplios de sujetos, pero carente de un radio ilimitado de expansión, que, además, posee un intrínseco sentido dialéctico, en la medida en que puede oponerse a otros grupos sociales¹⁷.

¹⁰ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., págs. 326 y 327.

¹¹ CNPE, Sala B, "Cosméticos Avon S.A.C.I.", 8 de febrero de 2008, La Ley online.

¹² CSJN, "Argenflora s/ inf. Ley 19.359", 6 de mayo de 1997, Fallos: 205:531.

¹³ BALCARCE, Fabián I., *"Derecho Penal Económico. Parte Especial. Régimen Penal Cambiario. T. III"*, Ed. Mediterránea. Citado por Martín Andrés Montero y Carlos Reggiani, "El principio de igualdad y el régimen penal cambiario. La necesidad de adecuación y racionalización del régimen"; publicación de La Ley, año 2009, cita n° 10.

¹⁴ CNPE, Sala A, "Baglietto, Eduardo Rodolfo", 5 de junio de 2008, La Ley, 27 de enero de 2009.

¹⁵ GERSCOVICH, Carlos G., *"Derecho Económico Cambiario y Penal"*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 310 y ss.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *"Derecho Penal Económico Parte General"*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 93.

¹⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, op. cit., pág. 93 y ss.

Por lo demás, y en lo que respecta al tema que aquí nos afecta, comparto la opinión de Martínez-Bujan en referencia a que no podría sostenerse que la “economía nacional” o el “orden económico” representen un interés difuso. Y esto es así, porque deberíamos primero establecer a qué tipo de orden económico nos estamos refiriendo –como orden económico en sentido amplio o estricto–. En efecto, si nos referimos al orden económico en sentido estricto, hay que descartar aquí un interés difuso, ya que, concebido como regulación jurídica de la participación estatal en la economía, dicho orden representa sin duda un interés social general. Si, por el contrario, la referencia es al orden económico en sentido amplio, entonces sí podrá hablarse de la tutela de bienes jurídicos difusos, en la medida en que se acredite que una determinada figura delictual represente un interés económico sectorial de un grupo interviniente en el mercado; ese será el caso, por ejemplo, de los delitos económicos de consumidores¹⁸.

Las manifestaciones doctrinarias más usuales mantienen la línea de que el objeto de protección en el derecho penal económico es el buen funcionamiento del sistema u orden económico global o de sectores parciales de la economía. Estos objetos de protección, dado su carácter general, han sido caracterizados por la dogmática-penal como bienes jurídicos supra-individuales, colectivos o difusos¹⁹.

2.3. ¿Cuál es la importancia que asume el bien jurídico en la criminalización de la conducta?

En este apartado merece mención la exposición de Luigi Ferrajoli, en su magnífica obra “Derecho y Razón” acerca de las razones del derecho penal. Este autor expone que *“palabras como “lesión”, “daño” y “bien jurídico” son claramente valorativas, con lo cual, decir que un determinado objeto o interés es un “bien jurídico” y que su lesión es un “daño” es tanto como formular un juicio de valor sobre él; y decir que es un “bien penal” significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela recurriendo a un instrumento extremo, cual es la pena. Pero esto significa también, a la inversa, que un objeto “debe ser” (juzgado y considerado como) un “bien” cuando esté justificada su tutela penal; y que, aún más, el valor que al mismo se asocia debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas. Bajo este aspecto, al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende”*²⁰.

Lo que quiere decirnos este autor, es que no puede obtenerse una conceptualización precisa y exhaustiva del término bien jurídico. Esto significa, que la elaboración de una teoría del bien jurídico no es útil para decirnos cuándo una proposición penal es justa por proteger un determinado bien jurídico, y tampoco serviría que nos lo dijera. Simplemente, lo que esa teoría puede aportarnos es una serie de criterios negativos de deslegitimación –criterios éstos que pueden referirse a la irrelevancia del bien tutelado, o la posibilidad de una mejor protección a través de medios no penales, o bien, a la ausencia de lesión efectiva para la punición de ese comportamiento–. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría del “bien jurídico”, cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que *“la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito”*²¹. Esto nos hace pensar que debe existir una afectación significativa al bien jurídico protegido, pues, de lo contrario, no se afectaría al sistema social en su conjunto, ni sus consecuencias serían constatadas en la realidad social.

El catedrático español, Polaino Navarrete, sostiene que todo bien jurídico posee una valoración positiva en el ordenamiento penal, pero agrega que eso no significa que cualquier objeto valorado positivamente constituye un bien jurídico, ya que, si así fuese, significaría considerar como bien jurídico lo que el legislador arbitrariamente quiera considerar como tal²². Considero de gran relevancia remitirme a esta distinción, ya que muchas veces se considera bien jurídico lo que el legislador haya establecido como tal, y eso, bajo mi punto de vista, es enfocar la cuestión desde una doctrina no jurídica, sin política –más precisamente de política criminal–. Y otras veces, también, el encuadre legislativo de un objeto de protección es una forma enmascarada de legalismo ético.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, op. cit., pág. 95.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, “Derecho Penal Económico Parte General”, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2003, págs. 40 y 41

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 467.

²¹ FERRAJOLI, op. cit., pág. 469.

²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El bien jurídico en el Derecho Penal”, Anales de Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Serie: DERECHO, N° 19), Sevilla, 1974, pág. 321.

Así las cosas, considero que no hay que confundir la cuestión ético-política con la cuestión jurídico-constitucional y jurídico-penal. De esta manera, la política penal debe además ser subsidiaria de una política extrapenal de protección de esos mismos bienes.

Prosigue este autor español manifestando que el legislador no puede llevar a cabo su tarea de manera libre, ajena a toda clase de controles y barreras. Esto es así, ya que los objetos de tutela, en primer lugar, representan por su importancia una ordenada vida social; y en segundo lugar, por la necesidad de una equitativa ponderación de estos bienes y valores entre sí²³.

“El bien-jurídico representa, en suma, un postulado de elevada importancia en la determinación del sentido que el Ordenamiento general confiere a los singulares tipos legales de delito, pero en modo alguno puede ser considerado como postulado único de la comprensión de éstos”²⁴.

Con lo expuesto quiero significar que si bien se prueba la importancia, no sólo dogmática, sino también práctica, del concepto de bien jurídico, en cuanto el mismo constituye uno de los pilares fundamentales sobre que la configuración de los tipos legales, y, por consiguiente, la estructura técnica de la teoría del injusto, tienen que descansar²⁵, la importancia misma del bien jurídico no puede considerarse en términos absolutos y exclusivos, sino más bien por una puesta en contacto con la totalidad de las características típicas configuradoras de las sanciones penales. De lo contrario, se produce una ampliación indeterminista del campo de lo designable como bien jurídico, a través de la utilización de términos vagos e imprecisos o valorativos, y esto genera un amplio espacio a la discrecionalidad y a la “inventiva judicial”, dando como resultado una inflación de bienes penales.

2.4. El bien jurídico como motivo de apartamiento de los principios generales del derecho penal

Conocido resulta, que en el Régimen Penal Cambiario *“los principios del derecho común sufren una severa distorsión en razón de la distinta naturaleza de los bienes protegidos jurídicamente que constituyen su materia”²⁶.*

En efecto, esto puede sintetizarse afirmando que conlleva un notable apartamiento del derecho penal general. Así en el RPC se producen excepciones a determinados principios, tales como: inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, la presunción del dolo con la consecuente inversión de la carga de la prueba, el apartamiento del régimen previsto para la reincidencia y los plazos de prescripción previstos en el Código Penal de la Nación, entre otros –sobre todos estos me referiré en extenso en el título siguiente–. Esta “flexibilización” de principios del derecho penal común, que conlleva a la pérdida de su esencia, encuentra su fundamentación en el mayor grado de protección que merece el bien jurídico tutelado, y en consecuencia el establecimiento de principios político-criminales más rigurosos y exigentes que los que rigen en el derecho penal común.

Hay que advertir aquí, la Exposición de Motivos de la Ley 19.359 cuando expresa: *“fundamentando el apartamiento de los principios penales comunes, en la gravedad y trascendencia económico social que los delitos cambiarios importan para los intereses públicos y la magnitud de los perjuicios que de ellos se derivan”²⁷.*

Christian Sueiro, tomando partido sobre esta cuestión, asume una postura en la cual combina fundamentos que ya se habían aportado por los autores Silva Sánchez y Günther Jakobs. Sueiro considera que el apartamiento de los principios del derecho penal común, se debe a un fenómeno que se ha denominado “Panpenalismo”. Éste es un fenómeno político-criminal que consiste en el hecho de que la legislación penal se ha extendido de manera indiscriminada a todas las actividades de la vida civil; también se ha denominado como “Inflación Punitiva”. La desafortunada aparición del Panpenalismo ya ha sido susten-

²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pág. 321.

²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pág. 313.

²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, op. cit., pág. 323.

²⁶ BONZÓN, Juan C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, Ed. La Ley 1990-C, pág. 1114, en SUEIRO, Carlos Christian, *“Un claro exponente del Panpenalismo y sus discursos del Derecho Penal de Segunda Velocidad, Derecho Penal de Emergencia y la Administrativización del Derecho Penal”*, online (www.espaciosjuridicos.com.ar), pág. 4, cita n° 8.

²⁷ BONZÓN, Juan C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, Ed. La Ley 1990-C, pág. 1114.

tado y defendido por discursos tales como el “Derecho Penal de Emergencia”, “la Administrativización del Derecho Penal” y “el Derecho Penal de Segunda Velocidad”²⁸.

Este discurso de la “Administrativización del Derecho Penal” es explicado por SILVA SÁNCHEZ a través de lo que el autor denomina “Derecho Penal de Tres Velocidades”. Explica que la primera velocidad es el derecho penal “de la cárcel”, donde persisten sólidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de la imputación y los principios procesales. La segunda velocidad, está representada por la aplicación de penas de privación de derechos o pecuniarias, con lo cual existe una ductilidad de los principios y las reglas, en virtud de la menor intensidad de la sanción. La tercera velocidad es la que aquí interesa en particular: en ella se combinan las normas que imponen penas privativas de libertad, a la vez que se produce la elasticidad de los principios y las reglas penales²⁹.

Esta tercera velocidad coincide en lo básico con el derecho penal del enemigo. Según JAKOBS, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se evidencia un extenso adelantamiento de la punibilidad, es decir, *“que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)”*³⁰. En segundo lugar, las penas previstas son significativamente elevadas, la barrera de punición no es tenida en cuenta. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas³¹.

SILVA SÁNCHEZ explica este cambio de perspectiva a raíz de un conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos, que dan como resultado a lo que él llama “expansión del derecho penal”. Los efectos de esta expansión se vislumbran a través de la flexibilización de los principios político-criminales o reglas de imputación. Así, junto a los delitos clásicos aparecen otros en el ámbito socio-económico. El autor español expresa que ciertamente existe un espacio de expansión razonable del Derecho penal. La *expansión razonable* del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro efectivo un bien individual; eventualmente, lo mismo hay que advertir acerca de los bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. Aquí, además, esta razonabilidad de la expansión requeriría la plena vigencia de las reglas de la imputación y los principios. No obstante lo anterior, existe una expansión del derecho penal a conductas que no generan un peligro real sobre bienes individuales o supraindividuales, y además se combina con la flexibilidad de los principios y garantías. Pero el acogimiento de esta expansión, reclamaría que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión. Si esta imposición no es respetada, *“la expansión del Derecho penal carece, en mi opinión, de la requerida razonabilidad político-jurídica”*³².

Parecería que este es el caso del Régimen Penal Cambiario, estructurado en base a sanciones, dentro de las cuales incluye la pena de prisión, y sin embargo diseñado a través del apartamiento de los principios y reglas de imputación del derecho penal común. Y no resulta feliz la justificación de la atenuación en el hecho de que la sanción de prisión sólo está reservada para los casos de segunda reincidencia, ya que en este régimen la reincidencia deja de ser una excepción para convertirse en una regla.

Por lo tanto, la ductilidad de los principios rectores del Derecho penal común, en el RPC se debe a que éste se encuentra dentro de la categoría del “Derecho Penal de Segunda Velocidad”, bajo el discurso de la “Administrativización del Derecho Penal” que se ampara en la protección de un bien jurídico macro-social o colectivo, que para ser tutelado satisfactoriamente requiere la distorsión de los principios del derecho penal común³³.

No obstante, el “Derecho Penal de Segunda Velocidad” junto con su consecuente “Administrativización del Derecho Penal” se suele apoyar sobre el discurso del “Derecho Penal de Emergencia”. Este último,

²⁸ SUEIRO, Christian C., op. cit., pág. 5 y ss.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *“La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2006, pág. 183 y ss.

³⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *“Derecho Penal del Enemigo”*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 80.

³¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *“Derecho Penal del Enemigo”*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 79 y ss.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., pág. 182.

³³ SUEIRO, Christian C., op. cit., pág. 7.

expone situaciones de emergencia, que sitúa a un bien jurídico de interés colectivo en un inminente sobresalto, de manera de poder flexibilizar los principios y garantías penales³⁴.

Lo precedentemente expuesto, nos permite concluir con lo siguiente:

- 1) La LPC se ha apartado de los principios penales comunes, por la gravedad y trascendencia económico-social de los delitos cambiarios.
- 2) Estamos frente a una inflación del derecho penal, la cual se encuentra sustentada por fenómenos tales como el “derecho penal del enemigo”³⁵, la “administrativización del derecho penal” y el “derecho penal de segunda velocidad”³⁶.
- 3) La flexibilización de los principios rectores del derecho penal común en el RPC se debe a que éste se encuentra categorizado como un “derecho penal de segunda velocidad”. En esta categoría se encuentran las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, se produce una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputación tradicionales.
- 4) Esta flexibilización se sustenta bajo el discurso de la “Administrativización del Derecho Penal”, que se estructura en la protección de un bien jurídico macro-social o colectivo que para ser protegido eficientemente requiere la flexibilización de los principios del derecho penal común. Aquí lo determinante es la visión macro-económica o macro-social, con lo cual no sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta sino que atiende a consideraciones de afectación general, es por esto que no tiene que ser tan estricto en la imputación ni tampoco en la persecución, que se haya regida por criterios de oportunidad y no de legalidad.
- 5) Sin embargo, este discurso del “Derecho Penal de Segunda Velocidad” con su consecuente “Administrativización del Derecho Penal” se suele defender y fundamentar desde el “Derecho Penal de Emergencia”.
- 6) El “Derecho Penal de Emergencia” es coyuntural al derecho penal del enemigo, ya que constatada la existencia real de un derecho penal del enemigo, su legitimidad habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un “no-Derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”³⁷.
- 7) Pues bien, flexibilizar o recortar garantías del derecho penal común es propio de un Derecho Penal Autoritario, sin embargo esto ocurre como regla dentro del Derecho Penal Económico y en particular del Régimen Penal Cambiario, y gracias a los discursos del “Derecho Penal de Segunda Velocidad”, en función del “Derecho Penal de Emergencia” y la “Administrativización del Derecho Penal” al que este lleva, suele aparecer como un Derecho Penal Liberal, Democrático o Derecho Penal del Ciudadano³⁸.
- 8) Algunas características de este Derecho Penal Autoritario, a las que refiere ZAFFARONI³⁹, son:
 - La invocación de la necesidad en una emergencia. Así se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y presenta como amenaza para la subsistencia en la especie humana.
 - El discurso asume la característica de lucha contra un mal de dimensión global, un discurso de carácter bélico que sirve de base legitimante para adoptar la forma del llamado derecho penal del enemigo.
 - En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra.
 - Así, por último, el Derecho Administrativo de coerción directa invade y ocupe todo el espacio del Derecho Penal, en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de la historia, así se da paso dentro de este discurso a la Administrativización del Derecho Penal, es

³⁴ SUEIRO, op. cit., pág. 7.

³⁵ Según la denominación efectuada por JAKOBS, Günther, “*Derecho Penal del Enemigo*”, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003.

³⁶ Conceptos elaborados por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2006.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., pág. 187 y 188.

³⁸ SUEIRO, Christian C., op cit., pág. 7.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*En torno a la Cuestión Penal*”, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, pág. 154, en SUEIRO, Christian C., “*Un claro exponente del Panpenalismo y sus discursos del Derecho Penal de Segunda Velocidad, Derecho Penal de Emergencia y la Administrativización del Derecho Penal*”, online (www.espaciosjuridicos.com.ar), pág. 7.

decir lo que antes se denominaba por parte de los viejos administrativistas Derecho de Policía y hoy se designa bajo el rótulo de Derecho de Coerción Directa Administrativa Inmediata o Diferida.

- 9) Los delitos socio-económicos, en los que se manifiesta la expansión del Derecho penal, siguen siendo delitos sancionados con penas privativas de libertad, en ocasiones de duración importante, en los que sin embargo los principios político-criminales sufren una acelerada pérdida de rigor. En efecto, sólo hay dos opciones: la primera, que tales delitos se integren en el núcleo del Derecho penal, con las máximas garantías (en lo relativo a la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prueba, etc.) y las más rigurosas reglas de imputación (de la imputación objetiva, la autoría, la comisión por omisión, etc.); y la segunda, que se mantenga la línea de relativización de principios de garantía que ya hoy está acompañando a tales delitos, en cuyo caso debería renunciarse en ellos a la conminación con penas de prisión que ahora existe⁴⁰.

III. Principios generales y reglas legales del Régimen Penal Cambiario

3.1 Preliminar

“Los principios y normas aplicables al derecho penal cambiario devienen del derecho penal económico, del que aquél es una vertiente especial. Por consiguiente, juegan con plenitud los de legalidad (art. 19 in fine, CN) e irretroactividad de la ley (art. 18 in limine, CN), la antijuridicidad y la tipicidad, con veda de la analogía y de interpretaciones extensivas, así como también el de culpabilidad”⁴¹.

La aplicabilidad de las normas generales del derecho penal común depende de su afinidad o no con las de la ley especial (art 4 Código Penal de la Nación⁴²)⁴³. La LPC establece: *“serán aplicables las disposiciones del Libro Primero del Código Penal, salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley (...)”* (art. 20 Ley 19.359). Expresamente, excluye las normas relativas a la ley penal más benigna y a la reincidencia.

3.2. El principio de legalidad y la ley penal en blanco

El principio *“nullum crimen nulla poena sine lege penale praevia”* se encuentra receptado en nuestra Constitución Nacional en el artículo 18 y artículo 19 in fine. Este principio es un postulado básico de un Estado de Derecho, y se refiere a que un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho. Es decir, el Código Penal, pone a cubierto al ciudadano de todo castigo, por una conducta que no haya sido declarada punible antes del hecho. Además de la conducta, deben estar también legalmente fijadas antes del hecho la clase de pena y su posible cuantía.

Además, el principio de legalidad está previsto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando establece que: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*. En términos similares se encuentra reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, y en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵. Estas normas tienen jerarquía constitucional por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., pág. 174 y 175.

⁴¹ GERSCOVICH, Carlos G., *“Derecho Económico Cambiario y Penal”*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 329.

⁴² ARTICULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario (CPN).

⁴³ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 329.

⁴⁴ 1. “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

⁴⁵ 2. “Nadie se considerará culpable por ningún delito a causa de algún acto u omisión que en el momento de cometerse no constituyera un delito, según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la que era aplicable en el momento de la comisión del delito”.

ROXIN explica algunos fundamentos de este principio, a través de la *“idea de protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho Penal, o la evitación de las decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente”*⁴⁶. También explica que se procura la *“protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial como misión de la prohibición de analogía o indeterminación”*⁴⁷. Otro fundamento radica en el principio de culpabilidad: *“si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho”*⁴⁸. Finalmente, se encuentra vinculado con la estructura institucional del ejercicio de poder. Al respecto se señala que *“se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo”*⁴⁹.

Este principio encuentra cuatro formas de manifestación: ley escrita, mandato de determinación, ley previa y prohibición de analogía. La prohibición de analogía trae como consecuencia que no puede trasladarse una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por el argumento de la semejanza de los casos, ésta encuentra su sustento en el postulado *“nullum crimen, nulla poena sine lege stricta”*. La ley escrita quiere significar que la punibilidad no puede fundamentarse o agravarse por derecho consuetudinario, sino sólo legalmente, su postulado es *“nullum crimen nulla poena sine lege scripta”*. La ley previa trae como consecuencia que la ley penal no puede aplicarse al pasado, sino al futuro, con la única excepción de la ley penal más benigna, esto se manifiesta a través de *“nullum crimen nulla poena sine lege praevia”*. Por último, el mandato de determinación: *“nullum crimen nulla poena sine lege certa”*. Esto quiere decir que tanto el precepto como la sanción deben ser claros, no pueden ser vagos e imprecisos.

García Caveró considera que si bien es necesaria una ley para sancionar conductas delictivas, la imputación de las mismas no se justifica por el simple hecho de expedirse una ley penal. En primer lugar, el legislador debe tener en cuenta los aspectos que legitiman la intervención del Derecho penal. En segundo lugar, debe ponderar la necesidad de intervención del Derecho penal, en virtud de la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal. Por último, el legislador tiene que estructurar el tipo penal aplicando el mandato de determinación o certeza, consecuencia del principio de legalidad⁵².

El mandato de determinación es una garantía ante la arbitrariedad judicial pero también contra la criminalidad económica. La remisión a leyes complementarias extrapenales o actos de la Administración y el uso de cláusulas generales, como sucede en extenso en el ámbito del Derecho penal económico, pone en duda la observancia práctica de tal mandato. Si bien la doctrina penal no rechaza absolutamente el uso de leyes penales con remisiones extrapenales y cláusulas generales, ya que en ámbitos tan dinámicos, como el económico, no puede exigirse una modificación constante de las leyes penales para adaptarlas a los cambios de la economía, no puede encubrirse a través de este “permiso” cualquier remisión extrapenal o el uso de cláusulas generales. Es absolutamente necesario, además, una mínima determinación en referencia a los criterios de sanción, de manera que se impida la arbitrariedad judicial⁵¹. Lo mismo se ha determinado en nuestro país en doctrina y jurisprudencia.

El derecho penal cambiario es fiel ejemplo de excepción al principio de mandato o certeza. Éste contiene normas penales en blanco, que son aquellas que deben ser complementadas por otras normas extrapenales. En éstas el precepto se encuentra incompleto, y debe ser completado por otra norma diferente de aquella que crea la conducta, que actúa como complemento. Esta clase de leyes es generalmente aceptada sin objeciones constitucionales. Pero esta aceptación se convierte en rechazo cuando las normas extrapenales crean infracciones y sanciones particulares, generando una flagrante violación a nuestro principio constitucional de legalidad⁵².

Bacigalupo explica que *“las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias pe-*

⁴⁶ ROXIN, Claus, *“Derecho Penal Parte General. T.I”*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 144.

⁴⁷ ROXIN, Claus, op. cit., pág. 144.

⁴⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 146.

⁴⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 145.

⁵⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *“Derecho Penal Económico. Parte General”*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2003, pág. 141.

⁵¹ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 152 y 153.

⁵² BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 13.

nales⁵³. El autor considera que probablemente haya sido esta situación práctica la que dio origen a esta clase de leyes. De lo contrario, si las leyes en blanco están compuestas por una norma complementaria que tiene competencia penal, no debería ofrecer ningún problema, más que los propios de remisión (por ejemplo, dificultades para el conocimiento de las leyes penales por parte de los ciudadanos)⁵⁴.

3.2.1. Diferentes supuestos de leyes penales en blanco

Para poder precisar si las leyes penales en blanco representan una lesión al mandato de determinación resulta necesario hacer una exposición diferenciada de los supuestos de leyes penales en blanco.

- Las leyes penales en blanco impropias: en este caso la remisión se hace a otras leyes de igual rango (leyes especiales). Estos supuestos no representan una infracción del principio de legalidad, pues tanto la ley penal como la ley especial complementaria están expedidas por el legislador. El problema se presenta, como bien lo observa TIEDMANN, en relación con una posible ruptura del mandato de determinación, en tanto éste sólo alcanzaría a la ley penal y no a la ley especial⁵⁵.
- Las leyes penales en blanco propias: aquí se presenta una remisión a disposiciones administrativas, lo que ha levantado voces críticas por dejar en manos de la Administración los criterios para decidir el carácter penalmente prohibido de la conducta típica. Para resolver este conflicto se han desarrollado fundamentalmente dos argumentaciones. La primera, asumida por el Tribunal Constitucional español, admite la conformidad de las leyes penales en blanco con el mandato de determinación si la ley penal establece el núcleo esencial de la conducta prohibida y deja a las leyes complementarias de rango inferior los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica. Esto significaría que existe una lesión del mandato de determinación, pero que por tratarse de cuestiones incidentales se consideraría todavía tolerada. Frente a esta argumentación se presenta la teoría de la concreción, desarrollada por los tribunales alemanes, según la cual la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal. En tanto la ley penal tiene pretensión de validez general, tiene que utilizar conceptos generales que requieren de un posterior proceso de interpretación para especificarlos en el caso concreto. Este proceso puede dejarse absolutamente a un juicio racional del juez o puede que la misma ley se remita a criterios de especificación establecidos por leyes extrapenales. Este último supuesto es el que se presenta en las leyes penales en blanco. A pesar de la innegable similitud entre la teoría de la esencialidad y la teoría de la concreción, puede señalarse que más feliz resulta la teoría de la concreción, pues deja a salvo conceptualmente el mandato de determinación. Por esta razón, puede decirse que los tipos penales cuya remisión a una norma o reglamento administrativo sirve exclusivamente para concretar el criterio de decisión ya establecido por ley, se muestran plenamente conformes con el mandato de determinación. Tal compatibilidad depende del hecho de que la norma administrativa no constituya un criterio de decisión, sino solamente un criterio de especificación. Si, por el contrario, la ley penal en blanco no establece criterios de decisión o lo hace de manera tan general que no ofrece un marco objetivo de decisión, se tratará entonces también de leyes penales incompletas que facultan de manera encubierta una intervención del Poder Ejecutivo en la configuración de los criterios generales de decisión. Estos supuestos debe efectivamente rechazarse por atentar contra el principio de legalidad, en tanto se trata de una intromisión ajena en las actividades reservadas al Legislativo⁵⁶. Éste parecería el caso del art. 1 inc. f) de la Ley 19.359⁵⁷.
- Las leyes penales en blanco con remisiones dinámicas: en este caso hay una remisión a normas complementarias que se caracterizan por ser dinámicas, es decir, a aquellas que son modificadas continuamente. Lo que se le critica a este tipo de ley penal en blanco es su incumplimiento del mandato de certeza, ya que no permite fijar definitivamente la conducta prohibida, dado el carácter cambiante de la norma extrapenal. Sin embargo, no afecta en sentido estricto el mandato de deter-

⁵³ BACIGALUPO, Enrique, "Curso de Derecho Penal Económico", MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A., Madrid, 2005, pág. 194.

⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique, op. cit., pág. 195.

⁵⁵ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 155 y 156.

⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., págs. 156 y ss.

⁵⁷ ARTICULO 1º: "Serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios".

minación, ya que los criterios generales de la forma de conducta sancionada están perfectamente determinados por la ley penal⁵⁸.

3.2.2. El particular caso del art. 1 inc. f)

Gerscovich se refiere al inc. f) de esta manera: “*el inc. f), tal y como está redactado, constituye una norma residual con la que el legislador quiso abarcar “todo” (por si en su inseguridad se le escapa “algo”)*”⁵⁹.

Esta norma es amplia, vaga y no “tipifica” nada, ni da pie, ni sirve, en tal blanco, para que otra lo haga. Esta norma sólo sirve para ser invocada junto con los otros incisos del art. 1), ya que como hemos dicho anteriormente tiene un carácter residual. Constituye una afectación del principio penal y constitucional de legalidad, como se fundamentó en los votos disidentes del fallo “Arpemar”⁶⁰.

Este inciso, por su amplitud contraría los principios de tipicidad requeridos por la garantía del artículo 18 y 19 in fine de la Constitución Nacional. La referencia a una definición abarcativa, habla a las claras de una indefinición del tipo penal. Además de infringir el principio de tipicidad y la garantía de legalidad, incumple con la prohibición del art. 76 de la Constitución Nacional.

El inc. f) es un caso de ley penal en blanco propia, ya que se trata de una remisión a disposiciones administrativas. Sin embargo, el mismo no se encuentra ajustado a los criterios de la teoría alemana de la concreción ni tampoco a la teoría española de la esencialidad, ya que ni la ley complementaria establece los aspectos accidentales, ni tampoco la ley extrapenal establece los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal. El inc. f) es un caso inaceptable y extremo de violación al mandato de certeza.

La primera evidencia de tal violación se ve en el artículo 76 de nuestra Constitución Nacional⁶¹, que establece una clara diferencia entre una delegación de atribuciones legislativas, y una simple remisión al poder reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional, para reglar detalles y pormenores necesarios. Lo primero está prohibido, lo segundo está permitido.

Este artículo establece un principio general que es la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Pero como todo principio general va seguido de una excepción: es admisible la delegación legislativa en materias determinadas de administración o de emergencia pública, siempre que la misma tenga un plazo fijado para su ejercicio y con las bases de delegación que establezca el Congreso. A esta altura, ya resulta claro que la LPC no configura un caso de administración ni de emergencia pública, y tampoco la delegación establece un plazo fijado para su ejercicio, y mucho menos existen bases para la misma fijada por el Poder Legislativo.

Asimismo, queda prohibida toda delegación en órganos diferentes al Poder Ejecutivo, “*así como la posibilidad de subdelegación por éste*”⁶². Con esto se quiere significar que el Poder Ejecutivo de la Nación no podría delegar en materia legislativa a un órgano dependiente del mismo, como podría ser el Banco Central de la República Argentina.

La segunda evidencia se encuentra en el artículo 99 inciso 3 de nuestra Constitución Nacional⁶³. Este artículo veda de manera concluyente al Poder Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. En el segundo párrafo de este inciso, se regula el dictado de los

⁵⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., págs. 158 y 159.

⁵⁹ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 422.

⁶⁰ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 422.

⁶¹ Artículo 76: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa*”.

⁶² VÍTOLO, Alfredo M., “*El control de cambios y el régimen penal cambiario. Necesidad de su revisión*”, on-line (<http://www.derecho.uba.ar/>), Buenos Aires, 2009, pág. 7.

⁶³ Artículo 99: “*El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta

llamados decretos de necesidad y urgencia, respecto de los cuales se excluye expresamente la materia penal, entre otras⁶⁴.

Así las cosas, vemos que las cuestiones penales no podrían ser objeto de delegación legislativa, pues ellas no constituyen materia alguna de administración o emergencia, tal las excepciones del art. 76 CN citado. De igual forma, han sido excluidas de los decretos de necesidad y urgencia que, bajo ciertas circunstancias, puede dictar el Poder Ejecutivo⁶⁵.

Ello nos permite afirmar que queda bajo exclusiva reserva del Congreso de la Nación el dictado de las normas de carácter penal. Seguimos la línea interpretativa de Sabsay, que entiende que mantener a las normas penales excluidas de la materia de delegación, refuerza y profundiza un estado de derecho democrático, que debe ser previsible y protector de los derechos y garantías de los ciudadanos⁶⁶.

3.2.3. Análisis de la jurisprudencia

No obstante los fundamentos constitucionales citados en lo precedente, adquieren un alto valor jurídico los fundamentos brindados por los señores ministros AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO y ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, a través de sus votos en disidencia en los autos: "Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr. a la ley 19.359", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 12 de mayo de 1992. Si bien en este caso la CSJN por mayoría de votos estableció la constitucionalidad del art. 1 inc. f), la minoría (Petracchi y Belluscio) se inclinó por la inconstitucionalidad de la norma, sosteniendo lo siguiente:

5°) Que, sin perjuicio de ello, el Tribunal ha aceptado la validez constitucional de normas penales cambiarias que conferían a la administración la facultad de integrar, por medio de reglamentación, algunos aspectos del tipo penal, en razón de que en dicha materia "...al igual que en otras formas de actividad económica, por esencia movедiza y proteica, resulta indispensable disponer de un instrumento ágil que pueda describir con rapidez conductas políticamente dañosas y, a la vez, desincriminar otras que han dejado de serlo..." (Fallos: 300:392⁶⁷).

6°) Que la citada facultad, reconocida en cabeza del Poder Administrador, encuentra, sin embargo, límites infranqueables en los principios desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte sobre el punto.

Así, en el conocido caso 'Delfino' (Fallos: 148:430), se recalcó clara-mente la distinción fundamental que existía entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Según el citado precedente, lo primero estaba vedado constitucionalmente, lo segundo -en cambio- resultaba admisible.

Esta solución coincide con los principios desarrollados por la doctrina penal contemporánea, en el sentido de que el principio de legalidad pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación del núcleo esencial de la materia prohibida; es decir, la norma integradora sólo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca la de entrar a definir lo prohibido mismo (ver, en tal sentido, a Juan Bustos Ramírez, "Manual de Derecho Penal Español, Parte General", editorial Ariel, Barcelona, pág. 85)⁶⁸.

Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

⁶⁴ 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", Trabajo solicitado por la Asociación de Bancos de la Argentina (ABA) como aporte a las Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario organizadas por el BCRA (10, 11 y 12 de agosto de 2009), pág. 14.

⁶⁵ SABSAY, Daniel Alberto, op. cit., pág. 14.

⁶⁶ SABSAY, Daniel Alberto, op. cit., pág. 14.

⁶⁷ "Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr. a la ley 19.359", considerando 5° votos en disidencia, CSJN, 12 de mayo de 1992.

⁶⁸ "Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr. a la ley 19.359", considerando 6° votos en disidencia, CSJN, 12 de mayo de 1992.

Compartimos plenamente los claros fundamentos expuestos por los doctores Belluscio y Petracchi. No obstante la técnica legislativa de las leyes penales en blanco como característica dinámica y cambiante de las normas de contenido económico, ésta debe estar sujeta a precisos límites constitucionales, como lo es el principio de legalidad que tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno, basado en la soberanía popular y en la separación armónica de los tres poderes del Estado. La referencia a una definición abarcativa, habla a las claras de una indefinición del tipo penal⁶⁹.

A modo de colofón citaré este último considerando del precedente jurisprudencial ya expuesto, que en resumidas cuentas brinda la opinión que comparto:

9°) Que esta Corte no comparte la solución reseñada.

En efecto, del examen de la disposición transcrita, parece claro que ella no contiene la determinación del núcleo esencial de la materia prohibida, pues, en lugar de describir una conducta típica, se limita a remitirse a un grupo de normas -“el régimen de cambios”-, el cual, por otra parte, tampoco individualiza en forma alguna.

Ello significa que, en el caso, no se ha cumplido el requisito básico del principio de legalidad, según el cual debe ser el órgano investido del Poder Legislativo el que brinde a los individuos pautas inequívocas acerca de cuáles conductas están prohibidas y cuáles permitidas (confr. Fallos: 308:2236, considerando 7°⁷⁰).

3.3. El principio de ley penal más benigna

Además del principio de legalidad, la LPC está desconociendo el carácter eminentemente constitucional del principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Este principio se encuentra excluido en el artículo 20 inc. a) de la LPC⁷¹.

A pesar de la exclusión del principio de ley penal más benigna de la ley 19.359, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la CADH y al PNUDCyP⁷², tratados que contemplan el principio citado (art. 75 inc. 22 CN). Este principio, con el respaldo en el artículo 31 de nuestra Carta Magna, tiene jerarquía constitucional, por ello las leyes emanadas del Congreso de la Nación no podrán alterarlo⁷³. No hay motivos valederos para su exclusión, ya que este principio forma parte de los principios penales y constitucionales que son inderogables por naturaleza.

“Tal específica excepción –no extendida a las demás sanciones prevista en el art. 2° LPC– no puede interpretarse más que referida, única y exclusivamente, a las eventuales modificaciones legales parciales que hagan, directa o indirectamente, al monto de la “pena de multa”, pero en modo alguno puede extenderse esa literal y gramatical interpretación, al extremo de abarcar y comprender aún a la desincriminación total del ilícito que se considere punible con dicha pena de multa”⁷⁴.

Sostener lo contrario nos llevaría a un paradójico resultado: si este principio no se aplica a las conductas sancionadas con pena de multa, parecería entonces que sí se aplica el principio de ley penal más benigna a las acciones delictivas penadas con penas de prisión⁷⁵. Esto arroja una conclusión bastante confusa, ya que, basándonos en este resultado, el mayor responsable podría beneficiarse de la aplicación de este principio, mientras que el penado con multa se encontraría relegado de esta aplicación.

⁶⁹ BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 13.

⁷⁰ “Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr. a la ley 19.359”, considerando 9° votos en disidencia, CSJN, 12 de mayo de 1992

⁷¹ ARTICULO 20: 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 2, cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del artículo 2 de la presente ley;

⁷² Tanto el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 9 como el PNUDCyP en su art. 15 establecen que: “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

⁷³ SABSAY, Daniel Alberto, op. cit., pág. 9.

⁷⁴ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 563.

⁷⁵ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 563.

3.3.1. Análisis de la jurisprudencia

a) El caso “Ayerza”⁷⁶ y “Argenflora”⁷⁷

En el caso “Ayerza”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico había sostenido que los decs. 529/1991 y 530/1991, que habían impuesto en nuestro país la liberalidad cambiaria –en la cual, no había obligación de ingresar y liquidar las divisas en un plazo–, como así también la denominada Ley de Convertibilidad 23.928, generaron una situación más benigna, al hacer desaparecer la obligación que imponía el art. 1, dec. 2581/1964, complementada en cuanto a importaciones, entre otras, con la comunicación A 12-Copex-1/1981, cap. II⁷⁸.

Lo que sucedió, fue lo siguiente: el dec. 2581 del año 1964 establecía la obligación de ingresar y liquidar las divisas en un determinado plazo. Este decreto mantuvo su vigencia hasta el año 1991, ya que fue en ese año cuando los decs. 529 y 530 establecieron una absoluta libertad cambiaria, lo que relegaba del plano legislativo la obligación de ingresar y liquidar las divisas.

Pero contra este pronunciamiento, la fiscal de Cámara, Carolina Robiglio, interpuso recurso extraordinario, para convencer a la Corte de que tal situación no implicaba un cambio sustancial y por consiguiente no generaba una situación más benigna. Y la Corte –por mayoría de un voto– revocó lo resuelto, contribuyendo a generar así la jurisprudencia adversa asentada⁷⁹.

Sostuvo la Fiscalía que sólo el mencionado dec. 530/1991 dejó sin efecto lo dispuesto en el art. 1°, dec. 2581/64, y que tal circunstancia no implicaba la derogación del RPC estatuido por la ley 19.359. A favor de su tesis se apoyó en jurisprudencia por la que se estableció que la mera variación o supresión de normas cambiarias no releva de pena a quien las infringió mientras no se habían instrumentado esas nuevas disposiciones, en la medida en que lo único que cesa son los elementos ocasionales a los que aluden dichas normas para la aplicación de la pena. La calificación de la fiscal de “elementos ocasionales” a lo que alude el dec. 530/1991, es realmente llamativo: el decreto había instituido un nuevo régimen de cambios, el cual implicaba una derogación por completo del régimen anterior. Sostuvo también que este criterio no varía por la jerarquía constitucional que adquirió el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, ya que, precisamente, el propio art. 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de consagrar dicho instituto, en su punto 2, descarta su aplicación al autor de actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos⁸⁰.

Bajo tal disyuntiva en dicha causa, la Corte –por ajustada mayoría de cinco ex miembros, ninguno de los cuales está ya en funciones al presente: Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez– resolvió revocar el fallo. Es sugerente poner la atención en los fundamentos en que se apoyaron estos cinco ex miembros de la Corte, ya que significaron una remisión al caso “Argenflora”, otro precedente sobre el tema. Sin embargo, su sentido derivará luego, en razón de la disidencia del Dr. Petracchi⁸¹.

La Corte se expresó en “Argenflora” de la siguiente manera: **6°** *“Que esta Corte ha expresado en Fallos: 311: 2453, 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 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 variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste. Señaló también que, si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2° 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”*⁸².

⁷⁶ Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, Fallos 321:824.

⁷⁷ Corte Sup., “Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones y Argenflora Sociedad de Hecho s/ infracción ley 19.359”, 6/5/1997, Fallos 320:763.

⁷⁸ GERSCOVICH, op. cit., pág. 568.

⁷⁹ GERSCOVICH, op. cit., pág. 569.

⁸⁰ GERSCOVICH, op. cit., pág. 569.

⁸¹ GERSCOVICH, op. cit., pág. 572.

⁸² Corte Sup., “Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones y Argenflora Sociedad de Hecho s/ infracción ley 19.359”, 6/5/1997, Fallos 320:763.

De lo expuesto surge que tanto en el caso Argenflora como en Ayerza, la CSJN desechó la aplicación de la ley penal más benigna, ya que consideró que tal principio no se aplicaba a los supuestos de modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco.

Sin embargo, otra ha sido la postura de los ministros Fayt, Boggiano y Bossert, quienes han argumentado en contra de la decisión por mayoría a través de su disidencia conjunta en el caso “Ayerza”⁸³. De la misma resulta que los citados ministros de la Corte consideraron que no existen razones para excluir a las leyes penales en blanco del principio de aplicación de la ley penal más benigna. Se basaron en el criterio de que en las leyes penales en blanco su contenido puede resultar modificado por el cambio sufrido por una norma extrapenal, aun sin una variación aparente del tipo penal, y esto es en razón de que no es posible concebir como completa la norma en estudio sin la normativa de complemento, ya que ésta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante. Además argumentaron que en el caso, el dec. 530/1991 significó una total y absoluta derogación del régimen anterior e instituyó uno nuevo, lo cual significa que la modificación de la norma extrapenal produce un cambio sustancial de la misma y de la valoración que se ha hecho de la conducta punible, con lo cual no cabe atribuir a las normas en juego el alcance de ley temporal o de emergencia.

De su lado el ministro Petracchi efectuó otra disidencia, sobre la cual descansará nuestra postura, ya que resulta más completa y echa algo más de luz comparada y doctrinal sobre el tema, en estos términos⁸⁴:

Considerando 9º)⁸⁵ *Que, sin embargo, se plantea en el sub examine una cuestión ajena al referido ámbito de los regímenes penales temporarios. En efecto, se trata en esta oportunidad de resolver si, ante una ley penal en blanco –como lo es la ley 19.359 en los incisos de su art. 1º que han entrado en consideración en el caso– las mutaciones de las normas permanentes que la complementan ponen también en funcionamiento el derecho del imputado a beneficiarse por la nueva configuración normativa.*

“Una tradicional jurisprudencia de la Corte ha dejado sentado que ese derecho “...es, en principio, comprensivo de los supuestos en que la norma modificada, aunque ajena al derecho represivo, condiciona la sanción penal. Pero la modificación de tales preceptos no configura un régimen más benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la infracción cometida” (Fallos 211:443, caso “Moisés Maskivker”, p. 448).

“Ése es también el principio para la unánime doctrina y jurisprudencia alemanas (conf. en general, Hans-Heinrich Jescheck, “Tratado de Derecho Penal Parte General”, trad. De la 4ª ed. Alemana a cargo de J.L. Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 125, nota 44; Herbert Trondle en “Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar”, 10ª ed., Berlin-New York, 1985, parágrafo 2, núm. marg. 7). Para dicha jurisprudencia ello es así desde la capital sentencia del Superior Tribunal Federal de Alemania del 8/1/1965 (BGHSt, t. 20 [1966], ps. 177 y ss.). En esa oportunidad se estableció: “El Tribunal del Reich había rechazado la aplicación del parágrafo 2, ap. 2, StGB, para el ámbito de tales leyes en blanco, cuando solamente eran modificadas las normas complementarias situadas en otras leyes u ordenanzas, pero la disposición penal se mantenía invariada (conf. RGSt 49, 410 con referencias sobre la constante jurisprudencia y Mezger ZStW 42, 348). Esta opinión no puede ser mantenida, pues hace depender formal y arbitrariamente la cuestión de la ley más benigna del azar de la técnica legislativa y con ello conduce a resultados injustos. Pero tampoco desde un punto de vista material está justificado limitar el concepto de ley mediante la interpretación del parágrafo 2, ap. 2, StGB. La norma de sanción deviene “ley penal” por el correspondiente supuesto de hecho de la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Con el cambio de la norma complementaria varía, por tanto, un elemento sustancia de la ley penal misma. Notoriamente, pues, para la cuestión de la ley más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena. No existe fundamento jurídico para no emplear esta regla en el ámbito de las leyes penales en blanco. Ésta es también la opinión unánime en la literatura” (ps. 180/181).

⁸³ Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, disidencia conjunta de los ministros Fayt, Boggiano y Bossert, considerandos 7º a 17, Fallos 321:824.

⁸⁴ GERSCOVICH, op. cit., pág. 575.

⁸⁵ Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, disidencia del ministro Petracchi, Fallos 321:824.

“10)⁸⁶ Que contrariamente a lo resuelto por esta Corte en el caso –similar al presente y en el que no intervine– Fallos 320:763, en especial consids. 8° y 9°, por aplicación de aquella doctrina, el pronunciamiento impugnado en estas actuaciones habría de ser confirmado.

“En efecto, el dec. 2581/1964 estableció un sistema de clausura en relación con el tráfico exterior de divisas. Éste imponía el deber de ingresar al país toda suma ganada en moneda extranjera por un residente en la República Argentina. A la vez, disponía un riguroso régimen de control de la salida de divisas que tendía a reducir al mínimo la extracción de moneda extranjera del mercado interno. La ya mentada circular Copex I, cap. II, reglamentaba ese régimen de control en lo relativo al pago de importaciones. Ésa es la reglamentación cuya violación se ha imputado en estas actuaciones. En términos del Banco Central, se atribuyó la realización de un “...pago de mercadería[s] que –ex ante– se sabía que no iban a ser despachadas a plaza (...). Es decir se produjo un giro indebido por abonarse una mercadería que de no mediar el accionar descripto no hubiera significado una erogación de divisas para el país” (conf. expte. 9053/90, fs. 72).

“A su vez, el dec. 530/1991 –que derogó el entonces aún vigente art 1° dec. 2581/1964– forma parte del proceso de modificación del anterior sistema por uno, precisamente opuesto, de apertura del mercado cambiario (conf. comunicación del Banco Central de la República Argentina A 1589, del 18/12/19899). Consecuencia de aquél es también la derogación de las disposiciones de la circular Copex I, cap. II (conf. comunicación del Banco Central de la República Argentina A 1859, del 19/7/1991).

“Por tanto, conductas como la imputada en estos autos –ilícitas a la luz del sistema ordenado por el dec. 2581/1964– dejaron de estar prohibidas con el dictado del dec. 530/1991 y la consecuente derogación del régimen anterior. Como principio, pues, el imputado debería beneficiarse de ello”.

“11)⁸⁷ Que, no obstante y a raíz de la doctrina de la ya citada sentencia in re “Argenflora SCA”, corresponde evaluar la concurrencia en el caso de circunstancias tales que permitan hacer excepción a la garantía en estudio. Se admite así que la retroactividad de la ley más benigna no resulta aplicable de modo indiscriminado en el campo de las leyes penales en blanco. A su vez, por lo expuesto, se impone un estricto margen de razonabilidad en la determinación del grupo de excepciones posibles.

“En dicho fallo “Argenflora SCA”, la Corte entendió que eran aplicables al caso las consideraciones formuladas por el tribunal en dos precedentes en los que no se aplicó la garantía en virtud de la presencia de circunstancias excepcionales (conf. sus consids. 6°, 7° y 11). Se trata de los casos registrados en Fallos 311:2463 (“Cerámica San Lorenzo ICOSA”) y 317:1541 (correspondiente a la causa “San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales s/presuntas infracciones tarifarias”).

“La sustancial diversidad entre los dos últimos y el sub examine obliga a no mantener la doctrina aplicada en “Argenflora SCA”.

b) El caso “Cristalux”⁸⁸

El día 11 de abril de 2006 un radical fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación caratulado “Cristalux SA s/ley 24144 – Recurso de hecho”, mudó significativamente de criterio sobre la cuestión en la que precedentemente nos hemos introducido, ya que aceptó la aplicación del principio de ley penal más benigna, al reconocer que el decreto 530/1991 –al derogar dec. 2581/1964– estableció un nuevo sistema de libertad cambiaria que implicaba la derogación del régimen represivo⁸⁹.

En este reciente caso, el Procurador Fiscal dictaminó que consideraba no aplicable el principio de ley penal más benigna, porque el mismo decreto 530/1991 preveía en su art. 5 que sus disposiciones se aplicarían a las exportaciones que se oficializaran a partir del día siguiente al de su publicación, es decir,

⁸⁶ Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, disidencia del ministro Petracchi, Fallos 321:824.

⁸⁷ Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, disidencia del ministro Petracchi, Fallos 321:824.

⁸⁸ Corte Sup., 11/4/2006, “Cristalux SA s/ley 24144 – Recurso de hecho”.

⁸⁹ BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 16.

con posterioridad al 29 de marzo de 1991. Este no podría ser el motivo para excluir el principio en cuestión, ya que los fundamentos para no aplicarlo deben ser restringidos y acotados a situaciones valoradas en extenso. No obstante, el Procurador Fiscal avaló doctrinariamente lo resuelto por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que, haciendo mención al precedente “Argenflora” (Fallos T. 320 – pág. 763), se había pronunciado por la improcedencia de esa regla⁹⁰.

Sin embargo, la Corte Suprema, considerando carente de motivos al dictamen del Procurador Fiscal, no compartió los fundamentos del mismo y, remitiéndose al precedente “Ayerza” (Fallos – T. 321 – pág. 824), revocó la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, ordenando dictar una nueva sentencia, la que fue dictada por la Sala A de esa Cámara el 31 de mayo de 2007⁹¹.

La remisión a la causa “Ayerza, Diego Luis s/infracción al régimen cambiario” se sustentó en los votos disidentes de los doctores Fayt, Boggiano y Bossert, a los cuales aludieron los votos de los doctores Fayt y Argibay, y únicamente a la disidencia del doctor Petracchi los restantes ministro de la Corte, los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti⁹².

c) El caso “Docuprint”⁹³

En este sustancial fallo del 28 de Julio del año 2009, el Juzgado Penal Económico N° 1 condenó a “Docuprint S.A.” y a su presidente, Osvaldo Menoyo, a la pena de multa en forma conjunta de \$300.000, por considerarlos co-autores penalmente responsables del delito previsto y reprimido en el artículo 1° incisos e) y f) y artículo 2° inciso f) de la ley 19.359, integrado con las disposición de los Decretos 1606/01 y 1638/01 y las Comunicaciones “A” 3473 y “A” 3590 del BCRA y sus modificaciones. Sin embargo, no hay que olvidar que a través de una resolución de la Secretaría de Industria Comercio y Minería, y una comunicación del Banco Central, se habían ampliado los plazos establecidos para ingresar y liquidar las divisas. Empero, el Juzgado de primera instancia se mantuvo inadvertido de esta modificación, y tuvo por probado que en una exportación valuada en USD 73.899,74, la empresa liquidó tardíamente parte del producido de la operación (USD 60.000), mientras que la suma restante (USD 13.899,74) nunca fue ingresada al país⁹⁴.

Frente a esta resolución de primera instancia, la defensa dedujo recurso de apelación. Al apelar la sentencia, alegó que debía aplicarse la garantía de la ley penal más benigna, la cual se encuentra comprendida en el artículo 18 de la Constitución Nacional y más precisamente en las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados. Al mismo tiempo, la defensa solicitó la producción de prueba a fin de determinar si con posterioridad a las Comunicaciones infringidas, el Banco Central había dictado nuevas comunicaciones o disposiciones que modificaran el marco legal del caso, concretamente ampliando los plazos para la liquidación de divisas⁹⁵.

En virtud de la apelación deducida, se incorporó al expediente de la causa “Docuprint” la Resolución N° 120/03 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía de la Nación y la Comunicación “A” 4361 del Banco Central, las cuales dispusieron la ampliación de los plazos establecidos para ingresar y liquidar divisas. Esto, sin dudas significaba una modificación más favorable de la ley. En base a esa prueba, los recurrentes solicitaron la aplicación de dichas disposiciones —complementarias de la ley penal en blanco, (4) la ley 19.359—, por ser más favorables a la situación de sus asistidos⁹⁶.

Con la comprobación de tales elementos de prueba, la Sala “A” de la Cámara Penal Económico confirmó la sentencia apelada, aunque lo hizo descartando la figura de omisión de ingreso de divisas (los USD 13.899,74 nunca ingresados), por entender que el hecho no constituía delito, y reduciendo en consecuencia el monto de la multa a \$100.000⁹⁷.

⁹⁰ BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 16.

⁹¹ BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 16.

⁹² BONZÓN RAFART, Juan Carlos, op. cit., pág. 16.

⁹³ Corte Sup., 28/7/2009, “Docuprint SA, s/infracción ley 24144”.

⁹⁴ BECERRA, Federico, “Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley penal más benigna”, publicado en La Ley, 25/09/2009, pág. 1.

⁹⁵ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 1.

⁹⁶ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 1.

⁹⁷ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 1.

En consecuencia, sólo permanecía únicamente la infracción por liquidación tardía de divisas (USD 60.000). Respecto de la invocada aplicación del principio de benignidad de la ley penal, los jueces de cámara simplemente señalaron que *“si bien existen normas posteriores, mencionadas por los abogados de Docuprint S.A. ... , éstas modifican sólo los plazos, no el tipo penal y las penas a aplicar”*⁹⁸. Esto quiere decir que la Sala “A” de la Cámara Penal Económico relegó del plano de aplicación el principio constitucional al cual nos estamos aludiendo, por considerar que la resolución y la comunicación citadas no modificaban el tipo penal ni su consecuencia jurídica.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer en el caso por haber deducido la defensa recurso extraordinario federal, dijo: *“Que la cuestión planteada en la presente causa resulta sustancialmente análoga a la examinada y resuelta por el Tribunal en los autos “Cristalux S.A. s/ley 24.144” (Fallos 329:1053), por lo que a fin de evitar reiteraciones innecesarias los infrascriptos se remiten a sus respectivos votos emitidos en dicho pronunciamiento. Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada”*⁹⁹.

Téngase presente que el caso “Docuprint” es mucho más significativo e influyente que el caso “Cristalux”. Esto es así, porque si bien este último versaba también sobre una infracción al Régimen Penal Cambiario, la invocación de la ley penal más benigna se había formulado respecto del Decreto 530/91, a través del cual se dejó sin efecto la obligación de ingresar y negociar divisas en el mercado de cambios. En cambio, en el caso “Docuprint” la invocación de este principio constitucional aludía a una resolución de la Secretaría de Industria Comercio y Minería y una comunicación del Banco Central, en la cual se ampliaban los plazos para ingresar y liquidar las divisas. En consecuencia, no sólo arroja claridad acerca de qué se entiende por “modificación sustancial”, sino que también clarifica sobre qué tipo de norma puede determinar dicha modificación.

La importancia de este fallo radica en las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, es el primer caso que llegó a nuestra Corte Suprema de Justicia desde que se sustituyó el régimen de la liberalidad cambiaria, y se estableció a través del dec. del 2001 un plazo para ingresar y liquidar las divisas.
- En segundo lugar, desde la resolución del fallo “Cristalux” el cual se remitió al voto en disidencia del Dr. Petracchi en “Ayerza”, se abrió un nuevo interrogante: *“¿en qué casos se puede afirmar que se está en un cambio sustancial de la norma para la aplicación de la ley penal más benigna? Con el fallo “Docuprint”, esta duda quedó aclarada. “La “modificación sustancial” que se hizo doctrina obligatoria desde “Cristalux” tiene ahora una significación más precisa. A la pregunta: “¿qué tipo de cambio de la norma complementaria debe considerarse sustancial?”, la respuesta: una modificación en los plazos de ingreso y liquidación de divisas es definitivamente un cambio sustancial del tipo”*¹⁰⁰. También, quedan abarcadas también otras modificaciones de similar esencia, ej.: ampliación de topes establecidos como límite para la compra de moneda extranjera, flexibilización de los de los requisitos exigidos para el endeudamiento con el exterior.
- Por último, no puede dejar de considerarse que en el caso “Docuprint” la invocación de la ley penal más benigna se formuló sobre una resolución de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía de la Nación y la Comunicación “A” 4361 del Banco Central; en cambio, en “Cristalux” se había formulado respecto del decr. 530/1991.

3.3.2. Análisis doctrinario sobre ley penal más benigna

Siguiendo la línea interpretativa del catedrático de la Universidad de Piura, García Cavero, sostenemos que cuando se produce una modificación directa de la ley penal antes de condenar un hecho cometido durante la vigencia de la ley modificada, tiene que determinarse si existe o no una continuidad del injusto. Básicamente, la continuidad del injusto es el reflejo de la valoración social sobre el carácter de una conducta, y para determinar el mismo hay que diferenciar si se trata de una modificación del hecho delictivo o bien de la consecuencia jurídica. En caso de mantenerse tal continuidad habrá que determinar cuál es la ley más favorable, mientras que si ésta no tiene lugar habrá que declarar la impunidad del hecho juzgado. Sin embargo, existe una única excepción a este criterio que lo constituye la ley temporal—excepción ésta

⁹⁸ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 1.

⁹⁹ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 1.

¹⁰⁰ BECERRA, Federico, op. cit., pág. 3.

que debe valorarse en extenso ya que el criterio de relegación de este principio debe ser sólidamente sustentado-, pues la falta de una continuidad del injusto no afecta su capacidad para aplicarse a los casos sucedidos durante su vigencia¹⁰¹.

Lo cierto es que si se acepta que la modificación de las normas complementarias produce también una modificación en la ley penal en blanco, la consecuencia lógica de ello será la aplicación de lo más favorable al reo y, por tanto, la impunidad. Considero que las normas complementarias deben considerarse parte inherente de la misma ley, ya que de lo contrario ésta perdería su carácter, su existencia, sin la misma. Sin embargo, frente a este parecer se levanta la objeción de que las leyes penales en blanco sujetas a normas complementarias temporales pueden ser también leyes temporales, de manera que a su modificación no le debe alcanzar el principio de lo más favorable al reo¹⁰².

El punto de partida para resolver esta cuestión consiste en precisar si las leyes penales en blanco, en razón del carácter cambiante de sus normas complementarias, son leyes temporales. Es decir, principalmente, lo que hay que determinar para resolver este asunto es la cuestión de qué se entiende por "leyes temporales". Si se considera que una ley penal en blanco en razón de su carácter dinámico se trata de una ley temporal, la modificación de sus normas complementarias no llevará consigo la aplicación de la ley penal más benigna. De lo contrario, si se entiende que se trata de leyes ordinarias, entonces habrá que aceptar, de ser el caso, la aplicación de la ley más favorable y proceder a una absolución¹⁰³.

Como el propio TIEDEMANN lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal, de manera que resulta un criterio poco seguro utilizarlo para delimitar las leyes temporales. Esto se explicaría en razón de que escapa a nuestro conocimiento el plazo de vigencia de una ley. En este sentido, el elemento decisivo resulta el criterio formal de un plazo de vigencia establecido por el legislador. Este plazo debe estar explícitamente fijado por el mismo, de manera que no queden dudas al respecto. Si el legislador ha fijado expresamente, por vía directa o indirecta, un plazo de vigencia, no habrá ninguna razón de fondo para negar el carácter temporal de esta ley penal. Sólo en caso de que se trate de un cambio de la identidad de la sociedad en el sector, pueden declararse impunes los casos antiguos¹⁰⁴.

Tomando partido sobre esta cuestión, comparto sustancialmente la doctrina elaborada por GARCÍA CAVERO. Lo expuesto arroja el criterio que no basta centrarse en el aspecto material de una ley, es decir, en su condicionalidad al tiempo, para determinar su carácter de ley temporal, sino que además es necesario que el legislador haya establecido, ya sea de manera directa o indirecta, un período de vigencia de la misma. Con lo cual, una modificación, en beneficio del reo, de las normas extrapenales significaría la aplicación de la ley penal más benigna, ya que las normas complementarias de la LPC no pueden calificarse como leyes temporales.

3.4. La reincidencia y su sanción aplicable

El tratamiento de la reincidencia, con regímenes propios, también se aparta de los comunes en sus problemáticas y soluciones, esto queda demostrado en la norma expresamente concebida en el inc. b) del art. 20 ley 19.359. Sus soluciones dejan de estar concebidas para una protección jurídico-individual¹⁰⁵.

Con referencia al uso teóricamente óptimo de sanciones monetarias como método disuasivo, dice Shavell que *"la sanción puede ser tan extremadamente alta como apenas suficiente para frenar un acto indeseable, dado que una sanción extremadamente alta no es más costosa que una sanción pequeña si ninguna de ellas se impondrá..."*. Además agrega que *"la sanción depende de la probabilidad de aprehender a las partes"*¹⁰⁶.

¹⁰¹ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 202.

¹⁰² GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 206.

¹⁰³ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 206/207.

¹⁰⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 209.

¹⁰⁵ GERSCOVICH, op. cit., pág. 315.

¹⁰⁶ SHAVELL, Steven, "El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión", en ROEMER, Andrés (comp.), "Derecho y Economía: una revisión de la literatura", cit., ps. 437 y ss. (la transcripción corresponde a las ps. 444/455); en GERSCOVICH, Carlos G., "Derecho Económico Cambiario y Penal", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 430, cita n° 94.

Hago esta introducción al tema porque: i) los delincuentes económicos tienen varias características distintivas que fueron estudiadas por la criminología, y entre ellas se destaca la finalidad que buscan de autopreservar la impunidad de sus propios actos ilícitos; esta clase de delincuentes es especialista en ocultar su propia criminalidad e incluso hasta la “estima”; ii) hasta donde sabemos, en esta materia no se ha impuesto más que en un solo caso en la Argentina la pena de prisión por reincidencia penal cambiaria (el cual gozó de libertad condicional), lo cual conlleva nuevamente a la situación de falta de los castigos penales debidos en nuestro país; y iii) incluso hay una discordancia que con acierto ha marcado BONZÓN RAFART¹⁰⁷ y que cabe compartir: *“que por aplicación del art. 20 RPC, que establece la inaplicabilidad del art. 2º, CPen. (ley más benigna), cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del art. 2º de la misma ley se llega a un resultado paradójico. El mayor responsable, por ser reincidente, quedará exento de sanción por beneficiarse con lo dispuesto por el art. 2º, cit., del CPen., ya que fue penado con prisión; por el contrario, los otros dos penados no gozan de similar exención en razón de que fueron penados con multa”*¹⁰⁸.

IV. Las características y deficiencias del procedimiento penal cambiario.

4.1. Nociones generales

El procedimiento penal cambiario se caracteriza por una marcada intervención del Banco Central de la República Argentina (BCRA), órgano administrativo descentralizado de nuestro país. El BCRA se encarga de realizar las actuaciones pre-sumariales –ej. Solicitar informes al Banco oficial que sigue una exportación, solicitar informes a la empresa exportadora, oponer excepciones, etc.–, es decir, tiene a su cargo la investigación. Una vez que el BCRA investiga y considera que hay mérito para la intervención de la Justicia, es la Superintendencia de Entidades Financieras quien dicta una resolución ordenando la apertura del sumario.

Son muchos los artículos de la LPC que se encuentran en pugna con los principios rectores del Derecho Penal. En todo su articulado, la ley pretende violar el sistema de garantías penales, y remplazar el debido proceso por un procedimiento administrativo que cambia la esencia de un órgano de administración, superponiendo en él las funciones de instruir y juzgar mediante la concesión de potestades discrecionales.

El proceso penal cambiario actual aparece como un híbrido entre un proceso penal judicial y un proceso administrativo. Los elementos penales del mismo podrían identificarse en la necesidad de una resolución judicial final y en el tipo de penas que pueden establecerse. Con lo cual, parecería que estamos frente a un procedimiento mixto. Sin embargo, a pesar de estas circunstancias el proceso posee características que difieren de los procedimientos típicamente penales y lo alejan del debido proceso que debiera regir en materias como la analizada¹⁰⁹.

4.2. Facultades cuasijurisdiccionales del BCRA

De la redacción de la Ley Penal Cambiaria se llega fácilmente a la conclusión de que el legislador ha querido dotar al BCRA con las mayores atribuciones posibles. La existencia de una actividad administrativa que por sus características es análoga a la jurisdiccional –entendida en el teórico sentido–, así como su cumplimiento fuera del Poder Judicial, es una realidad indiscutible. Ella parece contrastar con el principio de distribución de poderes, según el cual la función jurisdiccional es exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial, con las garantías del juez natural, defensa en juicio y debido proceso (arts. 18 y concs., CN)¹¹⁰.

¹⁰⁷ BONZÓN RAFART, Juan C., “Aplicación de la ley penal más benigna...”, cit., p. 537; en GERSCOVICH, Carlos G., “Derecho Económico Cambiario y Penal”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 430, cita n° 95.

¹⁰⁸ GERSCOVICH, op. cit., pág. 430.

¹⁰⁹ PÉREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTÍNEZ DE HOZ, “Propuestas para una modificación del régimen penal cambiario”, Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario, 10 al 12 de agosto de 2009, Buenos Aires, pág. 15.

¹¹⁰ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 248 y 249.

Estamos de acuerdo con la opinión de Gerscovich, en referencia a que cuando se ha difundido la denominación de “jurisdicción primaria”, sería preferible otra, menos expuesta a críticas o equívocos para designarla. El término jurisdicción es absolutamente prudente, con lo cual queda exclusivamente conservado al Poder Judicial. Dada la prohibición de funciones judiciales al Ejecutivo, cabría reservar el término “jurisdicción” exclusivamente para las funciones específicas de los órganos del Poder Judicial, utilizando otras para esta competencia¹¹¹.

Por tanto, cabe admitir una función semijurisdiccional o cuasijurisdiccional de la autoridad administrativa, análoga a la del acto judicial en sus características, similitud de contenido, elaboración y formas, por la cual se resuelven conflictos de derechos¹¹². Estos términos han sido vertidos por Guastavino, y consideramos que arrojan la claridad necesaria a la cuestión.

No obstante, es completamente necesario que concurren dos requisitos –excluyentes– para el reconocimiento de legalidad de esta facultad: que la misma esté conferida por ley de la Nación¹¹³ y que al no tener carácter de cosa juzgada admita una amplia y genuina revisión judicial¹¹⁴.

*“La misma Corte ha dicho desde antiguo en numerosos precedentes que es perfectamente compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos y procedimientos especiales –de índole administrativa– destinados a hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos”*¹¹⁵. Empero, ello no significa una intromisión de la Administración en el procedimiento penal, de manera que resulte un menoscabo a la garantía del debido proceso de los particulares cuando –aun sin haber tenido plenitud de audiencia en sede administrativa– aparece asegurada la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional que efectúe un control suficiente de lo actuado en aquel ámbito para el debido resguardo de los derechos supuestamente lesionados¹¹⁶.

Creemos entonces poder afirmar que el régimen de la ley penal cambiaria hoy vigente puede denominarse mixto en razón de que el sumario o la investigación instructoria está a cargo del BCRA y en tanto la sentencia es dictada por la Justicia en lo Penal Económico.

En virtud de esta característica el control judicial es fundamental para salvaguardar los principios constitucionales.

a) Artículo 5 LPC

Según el inc. c) del art. 5¹¹⁷, el BCRA tiene la facultad de recurrir al auxilio de la fuerza pública para hacer comparecer a quienes considere pertinente tomarles declaración como infractores o testigos. Pero cabe advertir aquí una flagrante violación constitucional: no procede la comparecencia por la fuerza pública si no es dispuesta por un juez competente. Esto es violatorio de nuestro Código Procesal Penal

¹¹¹ Conf. Guastavino, postulando llamarla doctrina de la competencia o incumbencia primaria administrativa: GUASTAVINO, Elías P., “Tratado de la “jurisdicción administrativa”...”, cit., p. 230; en GERSCOVICH, Carlos G., “Derecho Económico Cambiario y Penal”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 250, cita n° 3.

¹¹² GERSCOVICH, op. cit., pág. 250.

¹¹³ La atribución “jurisdiccional” debe ser conferida por ley en forma clara y expresa. “No puede ser interpretada extensivamente, sino por el contrario en forma estricta y restrictiva”, C. Nac. Com., sala A, 8/5/1984, “Asorte SA de Ahorro para Fines Determinados”, ED 109-442; en GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 250, cita n° 4.

¹¹⁴ Revisión judicial plena significa que haya amplio debate sobre los hechos, pruebas y el derecho aplicado; la genuina exige que se trate de órganos propiamente judiciales. No se incluye como condición que en el trámite administrativo se encuentren preservadas aquellas garantías –que en los procedimientos respectivos suelen estarlo igualmente–, pues ellas se hallan tuteladas, aun sin plenitud de audiencia, por la revisión judicial: conf., entre otros, Corte Sup., 4/2/1988, “Banco Regional del Norte Argentino v. BCRA”, JA 1988-II-290. “Son válidas las normas legales que, al regular materias específicas de su incumbencia, han instituido procedimientos administrativos, atribuyendo competencia a cierto órganos –centralizados o no– para establecer hechos y aplicar sanciones con la condición de que se preserve una revisión judicial suficiente de las decisiones así adoptadas” (caso “Arpemar”, Fallos 315:908 y ss.); en GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 250, cita n° 5.

¹¹⁵ Fallos 193:408; 240:235; 244:548; 245:351; 247:646, entre muchos otros; en GERSCOVICH, Carlos G., ob. cit., pág. 251, cita n° 7.

¹¹⁶ “Banco Regional del Norte Argentino v. Banco Central de la República Argentina s/recurso de hecho”, B.622.XX, inédito; en GERSCOVICH, Carlos G., ob. cit., pág. 251, cita n° 9.

¹¹⁷ ARTICULO 5° — EI BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA tendrá a su cargo la fiscalización de las personas físicas y jurídicas que operen en cambios y la investigación de las infracciones previstas en esta ley. A tal fin tendrá las siguientes facultades: c) Citar y hacer comparecer, con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario, a las personas a quienes considere pertinente recibirles declaración como infractores o testigos.

de la Nación, que es aplicable, a todo efecto, en el juzgamiento de los delitos previstos en la ley penal cambiaria. Y no sólo de nuestro Código Procesal, sino también de nuestra Constitución Nacional, ya que infringe el artículo 18. Son los jueces los únicos que tienen la facultad de hacer el uso de la fuerza pública para la comparecencia de determinadas personas y éstas tienen el derecho de asistencia letrada.

El inc. e)¹¹⁸ del mismo artículo establece que el BCRA puede solicitar órdenes de allanamiento, pero seguidamente le otorga la facultad de considerar que si existe demora por parte de los jueces en expedir dicha orden, puede requerir el auxilio de la fuerza pública para practicar allanamientos, secuestros, inspecciones de oficinas, libros, papeles, correspondencia o documentos de las personas investigadas. Esta atribución es sustancialmente preocupante: concederle dicha facultad a un órgano administrativo como es el BCRA conculca garantías constitucionales, como el derecho de propiedad. Además, también resulta transgresivo del derecho de igualdad, ya que el presunto infractor debería tener los mismos derechos y garantías que le asisten a los presuntos imputados regidos por las normas del derecho penal y procesal común. Todo lo señalado es claramente violatorio de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional. Por lo demás, las pruebas recolectadas de esa manera serán absolutamente nulas, por provenir de lo que se ha denominado “fruto del árbol venenoso”¹¹⁹.

Merece una aclaración la cuestión sobre los sujetos a los cuales se aplica dicha norma, ya que si bien las facultades del art. 5 se refieren en general a las personas físicas y/o jurídicas que “operen en cambio”, algunas también pueden aplicarse a todos los habitantes del país (ej. hacer comparecer a testigos [inc. c]). Es importante diferenciar concretamente a quien o quienes van dirigidas las normas reglamentarias dictadas por el BCRA. Ello es así porque, al ser “leyes en blanco”, el tipo penal se integra con las normas administrativas y para reprochar su incumplimiento, deben previamente ser “suficientemente” conocidas¹²⁰.

No es lo mismo una norma reglamentaria dirigida solo a las “personas que operen en cambios” y que por tal razón son fiscalizadas por el BCRA, que las dirigidas al público en general, ya que estas últimas para su debido cumplimiento y eventual reproche, deben ser publicadas en el Boletín Oficial¹²¹. Esta distinción radica en el alcance y su correlativa formalidad de las normas.

Expone Gerscovich: “Lo dispuesto en los incs. f)¹²² y g)¹²³ significa darles a los funcionarios del BCRA mayores atribuciones que a los preventores generales de delitos comunes”¹²⁴.

El penúltimo párrafo¹²⁵ que manda a las entidades autorizadas, exportadores, etc., conservar por diez años los libros, registros y documentos vinculados con las operaciones cambiarias coincide con los arts. 33, inc. 3°, y 67, CCom., ya que se trata de una exigencia común para todos los comerciantes, como es el caso de los cambistas, autorizados o no para ejercer esa actividad mercantil (conf. arts. 1° y ss., 8°, inc. 3°, y concs., CCom.)¹²⁶.

¹¹⁸ e) Requerir de los tribunales competentes las órdenes de allanamiento necesarias, las cuales deberán ser expedidas sin demora, bajo la responsabilidad del o de los funcionarios que las requieran. En tal caso podrá requerir el auxilio inmediato de la fuerza pública cuando tropezare con inconvenientes o resistencia para practicar allanamientos, secuestros, registros o inspecciones de oficinas, libros, papeles, correspondencia o documentos de las personas investigadas.

¹¹⁹ PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 24 y 25.

¹²⁰ BONZÓN, Juan C., “Derecho Penal Cambiario. Sanciones y procedimiento administrativo” en “Doctrina Penal Tributaria y Económica” N° 21, directora Teresa Gómez, Ed. Errepar, 2011, p.21.

¹²¹ BONZÓN, Juan C., op. cit., pág. 21.

¹²² f) Solicitar directamente de las autoridades nacionales, provinciales o municipales, informes, estadísticas, documentos y otros datos vinculados con la investigación;

¹²³ g) Cuando se responda verbalmente a los requerimientos previstos en los incisos a) y c) o cuando se examinen libros, comprobantes, justificativos, etc., de acuerdo con lo estatuido en el inciso d), deberá dejarse constancia en actas de la existencia e individualización de los documentos exhibidos, así como de las manifestaciones verbales de los fiscalizados. Dichas actas, que extenderán los funcionarios y empleados actuantes del BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, sean o no firmadas por el interesado, servirán de prueba, debiéndose en caso de negativa constatarse dicha circunstancia mediante la firma de dos testigos.

¹²⁴ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 450.

¹²⁵ “Las personas enumeradas precedentemente deberán conservar por un término no menor de DIEZ (10) años los libros, registros, comprobantes, documentos, etc., vinculados con las mencionadas operaciones”.

¹²⁶ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 450.

Con referencia al último párrafo¹²⁷, la limitación facultativa y temporal retroactiva de hasta seis años contados desde la fecha en que se ordene la inspección, coincide con el plazo de prescripción del art. 19 del RPC¹²⁸.

b) Artículo 8 LPC

Lo primero que nos dice este artículo es que el BCRA tiene a su cargo el proceso sumario¹²⁹. Esto significa en términos procesales comunes un menor grado de conocimiento y etapa de prueba limitada –más abreviación de etapas que en los procesos comunes–; en ambos sentidos, tanto para el tribunal como para las partes, trámites rápidos, celeridad, recursos restringidos, etc.

El plazo de 360 días hábiles sobre el cual debe durar el proceso, fue introducido por la ley 24.144 para agilizar los trámites. La ley 24.144, del 23 de septiembre de 1992, introdujo una reforma a la ley 19.359, aunque de todas maneras no fue sustancial. En rigor de verdad, en la práctica, este plazo no ha servido para acelerar la eventual sanción de los infractores, ya que la apertura del sumario (a partir de que se cuentan los 360 días) se dicta poco tiempo antes de que opere la prescripción de la acción para sancionar, que conforme determina el artículo 19 es de seis años¹³⁰.

El segundo párrafo¹³¹, se limita a establecer que *“los actuados se iniciarán con las conclusiones de inspección y control en la materia”*. Ante la falta de precisiones normativas, en la práctica, la etapa presumarial consiste en el envío de un requerimiento de información a la entidad en cuestión en la cual generalmente se le indica que informe si ha procedido a liquidar o no divisas respecto de alguna operación en particular o cuántas divisas ha adquirido dentro de un determinado mes calendario. El requerimiento suele contener además un pedido de documentación que incluye los estatutos de la sociedad, el detalle de sus apoderados y las actas de designación de directores correspondientes al período en el cual tuvieron lugar las operaciones sobre las cuales se solicita información. Este requerimiento no puede traducirse en una etapa de control e inspección, porque únicamente se basa en una información que es aportada por la entidad en cuestión. De los resultados de este requerimiento se realiza un informe de inspección que luego es remitido a otra dependencia del Banco Central (la Gerencia de Asuntos Contenciosos) a fin de que ésta determine si corresponde o no iniciar un sumario¹³². A decir verdad, este “informe de inspección”, “lo elaboró” la empresa que eventualmente será presuntamente infractora del régimen penal cambiario; nada más alejado de un proceso penal.

De lo expuesto surge que la etapa presumarial no constituye una real etapa investigativa, ya que el informe de inspección se realiza sólo en función de las respuestas emitidas por la empresa en cuestión. Vuelvo a lo dicho en lo precedente, el informe parecería “elaborado” en lo sustancial por la misma empresa. Además, estas respuestas en la mayoría de los casos son escasas y limitadas ya que al momento de recibir y contestar el requerimiento la empresa en cuestión desconoce que está siendo pre-juzgada, que la investigación tiende a determinar si existen bases para la apertura del sumario. Resulta completamente arbitrario omitir el motivo del requerimiento. Sólo una vez iniciado el sumario y recibida la formulación de los cargos, la empresa se ve constreñida a presentar todos los argumentos de defensa disponibles así como la prueba para fundar su descargo¹³³. Si en cambio, la empresa hubiera tenido conocimiento del carácter vinculante de ese requerimiento informativo, es muy probable que la apertura del sumario no tuviera lugar ante la falta de mérito en la pretendida imputación.

¹²⁷ “EI BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA podrá limitar la verificación del cumplimiento de las disposiciones de cambios a las operaciones efectuadas con anterioridad de SEIS (6) años a la fecha en que ordene la inspección”.

¹²⁸ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 450.

¹²⁹ ARTICULO 8° — EI BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA tendrá a su cargo el proceso sumario, el que hasta la conclusión de la causa para definitiva no podrá exceder del plazo de TRESCIENTOS SESENTA(360) días hábiles, a contar desde la fecha de resolución de apertura del sumario.

¹³⁰ BONZÓN, Juan C., op. cit., pág. 24.

¹³¹ “Los actuados se iniciarán con las conclusiones de inspección y control en la materia. La procedencia de ampliar o extender la investigación, la formulación técnica y legal de los cargos e imputaciones o de la falta de mérito para efectuarlos, serán funciones de una unidad orgánica separada e independiente de la actividad anterior y concluirán en la resolución del Presidente del Banco que disponga la apertura formal del proceso o el archivo de las actuaciones”.

¹³² PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 17.

¹³³ PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 17.

El tercer párrafo¹³⁴ dispone que la sustanciación del sumario esté a cargo de una dependencia jurídica del banco. Esta dependencia es el Departamento de Sumario de Cambios, que depende de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Siguiendo la línea de opinión de Bonzón Rafart, considero que las facultades sumariales del BCRA exceden las que puede tener un organismo administrativo. Es conveniente que sea un juez especializado el que realice el sumario, pero hasta tanto se produzca el nombramiento de jueces especializados en derecho penal cambiario, debería ampliarse el control judicial suficiente del sumario administrativo, ya que el artículo 8, párrafo 5, inciso e) del texto ordenado determina que son irrecurribles las decisiones sumariales que no impliquen un manifiesto gravamen irreparable, pudiendo afectar el derecho de defensa¹³⁵. Establecer que la etapa recursiva sólo podría ser viable en caso de un “manifiesto gravamen irreparable” es tan impreciso y vago que vulnera de manera trascendental la seguridad jurídica. Esto dispone, a las claras, una forma encubierta de irrecurribilidad absoluta.

El inciso a) del art. 8¹³⁶ fija un plazo para que el sumariado presente su descargo. La característica de este plazo es su brevedad de tan sólo 10 días hábiles para la presentación del descargo y el ofrecimiento de la prueba. De la misma manera es breve el plazo para la producción de la prueba -20 días hábiles- (inc. b art. 8).

Expresan los doctores Pérez Alati, Grondona, Benites Arntsen y Martínez de Hoz: *“A diferencia de los “típicos” procesos penales en los cuales se otorga al imputado la posibilidad de defenderse a lo largo de todo el proceso y hasta el momento inmediatamente anterior al del dictado de la sentencia, en el proceso cambiarios actual se otorga un plazo de tan sólo 10 días hábiles”*¹³⁷.

Este plazo es una clara violación a la garantía de defensa en juicio. Así, el art. 8 inc. c) del Pacto de San José de Costa Rica dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad a, entre otras garantías, la *“...c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”*. De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asegura, en su art. 14, que *toda persona acusada de un delito tendrá derecho a “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”*.

A su vez, la protección del derecho de defensa en juicio en materia de plazos otorgados para la presentación de un descargo o defensa fue expresamente reconocida por la CSJN quien expresó que no puede considerarse adecuadamente respetada la garantía del debido proceso cuando dada la exigüidad de los plazos otorgados se ha dificultado la preparación del descargo y el ofrecimiento de la prueba¹³⁸.

Conuerdo con la crítica al plazo de 10 días para efectuar el descargo, ya que como la mayoría de los hechos imputados tienen lugar 5 ó 6 años anteriores al traslado, la defensa pierde una cantidad considerable de tiempo en reconstruir el pasado. Esto afecta la garantía constitucional del debido proceso, ya que perjudica el derecho de defensa al impedir el control de la prueba de cargo por parte de la defensa.

En lo referente a la carga de la prueba, nuestros tribunales han aceptado que en los casos más comunes de falta de ingreso de divisas, provenientes de exportaciones, sea tarea de quien invoca la excusa exculpatória probarla, no implicando tal circunstancia la pesada carga de probar su inocencia, sino simplemente fundamentar sus descargos¹³⁹.

¹³⁴ “La sustanciación del proceso estará a cargo de una dependencia jurídica del banco, la cual recibirá la causa a prueba, producirá la que considere oportuna para mejor proveer, dictará las resoluciones que sean necesarias hasta la conclusión de la causa para definitiva y elevará las actuaciones al Presidente del Banco para remitirlas al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Penal Económico de la Capital Federal, o al Federal con asiento en la provincia, según corresponda”.

¹³⁵ BONZÓN RAFART, Juan C., op. cit., pág. 25.

¹³⁶ El proceso se sustanciará conforme a las siguientes normas:

a) Se dará traslado al sumariado de las imputaciones por DIEZ (10) días, quien al contestar deberá presentar su defensa y ofrecer las pruebas, acompañando la instrumental o indicando dónde se encuentra en el caso de no poder acompañarla. Si ofreciere testigos, enunciará en forma sucinta los hechos sobre los cuales deberán declarar;

¹³⁷ PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 19.

¹³⁸ Por ejemplo, CSJN, “Miguel Ángel Ferrer Deheza”, Fallos 295:726; CSJN, “Alarcón Vargas, Froilán c/Anses s/recomp. del haber”, sentencia del 11 de diciembre del 2007; en PEREZ ALATI, GRONDONA, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, ob. cit., pág. 20, cita n° 4.

¹³⁹ BONZÓN RAFART, Juan C., op. cit., pág. 26.

La inversión de la carga de la prueba se aparta del principio penal de culpabilidad, y este alejamiento conlleva la violación de dos principios vinculados y celosamente preservados en el derecho penal común, como son, los de inocencia y de in dubio pro reo, circunstancia que motivó que Juan Bonzón sostuviera que *“en materia infraccional cambiaria no puede prescindirse del dolo como nexa vinculante entre el acto u omisión imputado y la sanción prevista por la norma legal ... la grave distorsión al principio de inocencia que implica exigir al imputado la acreditación fehaciente de las excusas exculpatorias que alegue, torna de dudosa aplicación al principio subrogatorio de la prueba in dubio pro reo”*¹⁴⁰.

Además, con respecto a la prueba, el BCRA actualmente posee la práctica de rechazar una importante proporción de la prueba producida y como regla, denegar los recursos que se presentan contra tal denegatoria. No hay motivos valederos para atribuirle esa facultad al BCRA, la misma debería estar a cargo del Poder Judicial de la Nación. Tal denegatoria se funda muchas veces en la posibilidad que tendrá el sumariado de insistir en la producción de la prueba en la etapa judicial¹⁴¹.

Sin embargo, si se reconoce en forma expresa la facultad del BCRA de archivar aquellas causas en las cuales la prueba producida permita determinar la inexistencia de infracción cambiaria, las facultades de producción de prueba del sumariado deberían ser amplias en la faz administrativa del proceso, ya que dicha prueba será la que permita al ente rector alcanzar la convicción necesaria para decidir el archivo de las actuaciones¹⁴².

El proceso debería prever la posibilidad de recurrir en queja ante el órgano jurisdiccional frente a la denegatoria de un recurso interpuesto durante la instrucción del sumario. Ello posibilitaría el debido control de la actuación del órgano administrativo, garantizando el derecho constitucional de acceso a la justicia.

De gran importancia es el inc. e) del art. 8¹⁴³, por cuanto, siguiendo los lineamientos de Gerscovich¹⁴⁴, se plantean las siguientes cuestiones:

- El art. 8° inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica, al fijar el derecho, en rigor, garantía judicial, de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, supone que no deben establecerse restricciones discriminatorias a los recursos que establezcan las leyes de procedimientos de cada uno de los Estados firmantes;
- Sobre el sentido de gravamen irreparable, la doctrina entiende que es un supuesto de impugnabilidad subjetiva, esto es, un agravio, presupuesto esencial que funciona como límite a la actividad recursiva de las partes. La recurribilidad está sujeta a la existencia de ese gravamen. Pero dentro de este concepto se admiten dos variantes: puede invocarse una injusticia, ofensa perjuicio material o moral; o una irregularidad formal (correlativamente, error in iudicando y error in procedendo).
- Respecto de la clase de recurso admisible, habiendo “manifiesto gravamen irreparable”, además de la apelación sería procedente la reposición o revocatoria.
- En caso de rechazo a lo anterior, no hay ningún otro recurso contemplado, y sí está dada la posibilidad de que el juzgado de primera instancia ulteriormente competente “resuelva sobre las impugnaciones efectuadas”, dicte “medidas útiles para mejor proveer”, e incluso mande “Practicar las pruebas que hayan sido denegadas por la autoridad administrativa, cuando el impugnante hubiera insistido en ellas al interponer el recurso” (art. 9 RPC).

Por último, resta referirnos al inc. f) del art. 8¹⁴⁵, el cual dispone la aplicabilidad supletoria de la normativa procesal penal. Con respecto a esta disposición, estoy de acuerdo con Gerscovich, quien dispone que las remisiones genéricas, “en lo pertinente”, sin aclararse con precisión las normas aplicables y dejando al intérprete la decisión sobre el punto, puede generar controversias y decisiones contradictorias, tanto administrativas como judiciales¹⁴⁶.

¹⁴⁰ BONZÓN RAFART, Juan C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, Ed. La Ley 1990-C, pág. 1116; en ZAVALÍA LAGOS, Hernán, ponencia para las Jornadas de Régimen Penal Cambiario, organizadas por el BCRA, agosto de 2009, pág. 8 y 9.

¹⁴¹ PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 21.

¹⁴² PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTINEZ DE HOZ, op. cit., pág. 21.

¹⁴³ e) Las decisiones que se dicten durante la sustanciación del sumario son irrecurribles, salvo que impliquen un manifiesto gravamen irreparable.

¹⁴⁴ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 458 y 459.

¹⁴⁵ f) En el trámite procesal no será aplicable la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. En lo pertinente y en forma supletoria, se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Penal.

¹⁴⁶ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 459.

c) Artículo 17 LPC

Este artículo faculta al BCRA a disponer medidas precautorias (primeros cuatro incisos del punto a)¹⁴⁷, en un amplio sentido, al mismo tiempo que puede decidir efectuar un pedido judicial de las cautelares propias (inhibiciones, embargos, etc.)¹⁴⁸.

Cabe enfatizar e insistir en que las medidas precautorias (diversas de esas cautelares) son adoptadas directamente por el BCRA en sí mismo. En cambio, éstas, las cautelares, requieren una gestión y petición que es por lo común realizada por la gerencia respectiva (de Asuntos Judiciales) ante la justicia en lo penal económico¹⁴⁹. Las cautelares apuntan a lo económico, en cuanto procuran asegurar las penas de multa. En cambio, la facultad de adoptar las precautorias se justifica por la naturaleza y urgencia a fin de impedir la concreción de operaciones ilícitas.

Así, se ha podido resolver que *“en materia de infracciones cambiarias sancionadas con multa, la facultad de disponer el secuestro como objeto y medio de prueba y la de embargar los bienes para hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria aparece dividida desde el punto de vista de la competencia. El secuestro como objeto y medio de prueba está a cargo del BCRA, quien ejercita las facultades instructorias en la materia, el embargo preventivo sólo puede ser dispuesto por el juez en lo penal económico, ante quien debe recurrir el BCRA”*¹⁵⁰.

Merece un párrafo el análisis de la medida personal que dispone la prohibición de la salida del país. El inc. b) del art. 17 dispone que esta medida debe resultar “prescindible a los fines de la investigación o de la prueba”, o “ser necesaria para asegurar su responsabilidad eventual frente a las multas imponibles”. Sin embargo, el derecho a salir del país tiene jerarquía constitucional y no puede ser restringido, sino en virtud de una ley fundada en la necesidad de prevenir infracciones penales, proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4.3. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal. Proyección de principios fundamentales del Derecho penal.

El Derecho administrativo sancionador es, en primer término, Derecho administrativo, sobre el que lo de sancionador impone una mera modalidad adicional o adjetiva y quiere decir que éste se ve penetrado por el Derecho penal, pero sin dejar de ser Derecho administrativo. Y esto parece ser oportunísimo ya que, de esta manera, se abre paso a las influencias benéficas del Derecho penal.

¹⁴⁷ ARTICULO 17. — El BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA podrá aplicar las siguientes medidas precautorias:

a) Para los inspeccionados o sumariados:

- 1) No acordarles autorización de cambio;
- 2) No dar curso a sus pedidos de despacho a plaza;
- 3) No dar curso a sus boletas de embarque de mercadería;
- 4) Suspender sus autorizaciones para operar o intermediar en cambios y sus inscripciones en los registros creados o a crearse vinculados a operaciones de cambio;

¹⁴⁸ b) Prohibir la salida del territorio nacional de las personas investigadas o procesadas o responsables de la solidaridad prevista en el artículo 2, inciso f), último párrafo, comunicando a los organismos de seguridad, a la Policía Federal y a la Dirección Nacional de Migraciones, lo resuelto. La prohibición podrá ser impuesta cuando la presencia de dichas personas resulte imprescindible a los fines de la investigación o de la prueba o cuando sea necesaria para asegurar su responsabilidad eventual frente a las multas imponibles. En este último supuesto y si no obstase a los otros fines, los afectados podrán obtener el levantamiento de la restricción mediante caución real.

Cada incumplimiento de la prohibición será penado con una multa de hasta TRES (3) veces el monto de las operaciones en infracción que sean materia de la investigación o del proceso.

Las medidas adoptadas en virtud de las previsiones del presente inciso, serán recurribles al solo efecto devolutivo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, dentro del plazo de CINCO (5) días de su notificación o conocimiento.

c) Solicitar al juez correspondiente las medidas cautelares necesarias para asegurar la eventual responsabilidad pecuniaria de los investigados, procesados o responsables de la solidaridad prevista en el artículo 2, inciso f), último párrafo;

d) Requerir al juez a quien corresponda intervenir en las actuaciones en el caso del artículo 16, la orden de detención de los prevenidos, poniendo a su disposición las mismas dentro de las siguientes CUARENTA Y OCHO (48) horas. En el supuesto del artículo 16, las medidas de los incisos a) y b) también podrán ser adoptadas por el juez interviniente, de oficio o a pedido del BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, debiendo en este caso resolver sobre la petición dentro de las VEINTICUATRO (24) horas, con habilitación de día y hora si fuese necesario.

¹⁴⁹ GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 541.

¹⁵⁰ C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, “Banco Central v. Merinsa SA”, LL del 9/12/1977, p. 13, fallo 75.159; en GERSCOVICH, Carlos G., op. cit., pág. 542, cita n° 199.

En verdad, el Derecho administrativo sancionador no ha querido renunciar a su nacionalidad de origen, pero como desconfía de su autoritarismo tradicional, ha preferido tomar prestado del Derecho penal los mecanismos de protección y garantías de los interesados¹⁵¹.

Tomando como criterio decisivo la índole de la reacción prevista por el ordenamiento jurídico para cada ilícito, aparece claro que el que corresponde a las infracciones administrativas tiene un carácter claramente represivo o punitivo haciéndolas idénticas sustancialmente a las de índole penal en sentido estricto. Ya se ha dicho que las diferencias entre sanciones administrativas y jurídico-penales, no son sustanciales, sino puramente formales y por eso se solicita la aplicación de los principios fundamentales del Derecho penal, o más sencillamente, el sometimiento a límites jurídicos precisos del ejercicio de la acción punitiva por parte de la autoridad administrativa¹⁵².

Para concluir, insistimos en la necesidad de tener presente al momento de la creación de normas relativas a las infracciones y sanciones cambiarias -así como en su aplicación-, los principios decantados en la creación de la teoría general del delito¹⁵³.

¹⁵¹ NIETO GARCÍA, A., *"Derecho administrativo sancionador"*, 5ª. edic., totalmente reformada, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, pág. 144.

¹⁵² PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia*, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 264.

¹⁵³ DEL ROSAL, J., "Ideas sobre la aplicación de los principios del Derecho penal a la infracción tributaria", en *X Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1962, págs. 5-16, esp. pág. 10-12 (accesible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2781942.pdf); COBO DEL ROSAL, M., "Derecho penal y Derecho tributario", en *Revista Foro Canario*, 1968, págs. 49 y sigs.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Editorial Revista del Occidente S.A., Madrid, 1974, pág. 20.

Conclusiones finales

Como ha podido apreciarse a lo largo de este trabajo, el mismo ha tenido como finalidad efectuar un análisis crítico del Régimen Penal Cambiario.

Así, hemos verificado que el mismo efectúa un claro apartamiento de los principios rectores del Derecho penal común, autorizando en su articulado la violación al principio de legalidad, la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, la inversión de la carga de la prueba, atentando contra el principio de culpabilidad, inocencia e in dubio pro reo, alterando el concepto de reincidencia, empleando tipos penales en blanco que violan las disposiciones que establece la Constitución Nacional, etc.

Si bien existe una marcada propensión a excluir a la materia cambiaria del campo de aplicación de los principios generales que rigen el Derecho penal común, considerándola una categoría autónoma o un compartimento estanco dentro del universo jurídico, no existen motivos valederos de orden constitucional que justifiquen su exclusión del marco jurídico integrado por las garantías generales propias del debido proceso, contemplado en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y en las demás normas inferiores concordantes.

Por todo lo expuesto, deberíamos orientarnos hacia una reforma del régimen penal cambiario, de manera de remover de su texto todas las inconstitucionalidades que hemos señalado a lo largo del presente ensayo.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la aceptación o no de esta controvertida ley. Algunos la admiten; otros la rechazan grandilocuentemente.

Por un lado, quienes la rechazan, a los cuales me adhiero, consideran que la LPC viola nuestra Carta Magna y en consecuencia Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional. Los motivos de esta violación se encuentran expuestos a lo largo del presente trabajo.

La correspondiente corriente doctrinaria se encuentra perfectamente representada por el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación¹⁵⁴.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, explica claramente que se incorporan los delitos previstos en la Ley Penal Cambiaria, aunque modificando los tipos, con el fin de evitar el recurso abusivo a leyes penales en blanco, así como la introducción de disposiciones de carácter general que reiteren o contradigan lo dispuesto en el Libro I del Código Penal.

El Anteproyecto propone la derogación del inciso f) del artículo 1. La eliminación impide que haya conductas que puedan considerarse alcanzadas por más de un tipo penal. Consecuencia de la vaguedad de los tipos penales del Régimen Penal Cambiario, una misma conducta puede ser sancionada dos veces, por ej.: realizar una falsa declaración (inciso c) y omitir rectificarla (inciso d). Ahora, es presentado como conductas alternativas en el supuesto del apartado c) del inciso 1° del artículo 171.

En el Régimen Penal Cambiario vigente se imponen penas privativas de libertad cuando media reincidencia. En el Anteproyecto se adopta otra línea de política criminal, requiriendo a la habitualidad, lo que excluye los hechos de menor gravedad cometidos por particulares o especuladores ocasionales. Sin embargo, por gravedad de las conductas o mayor grado de responsabilidad de los sujetos, no se exige la habitualidad.

¹⁵⁴ CAPITULO IV: DELITOS CONTRA EL CONTROL DE DIVISAS

ARTICULO 171: OPERACIONES ILÍCITAS

1) Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años, y con multa de 90 a 360 días el que con ánimo de lucro realizare en forma habitual operaciones de cambio:

a) sin autorización;

b) excediendo la autorización que tuviere;

2) La misma pena se aplicará al que formulare declaraciones falsas u omitiere rectificar las formuladas conforme a circunstancias sobrevinientes;

3) No configuran este delito y quedan sometidas a las sanciones administrativas, las actividades lucrativas prohibidas que en total no superen el equivalente a 140 salarios mínimos vitales y móviles.

La salida y entrada de dinero es tipificado como delito cambiario, ya sea importación o exportación de divisas en violación de cantidad, tipo de cotización o demás condiciones, no exigiéndose para su configuración el ocultamiento característico del contrabando.

Las operaciones ilícitas cuyo monto no supere el equivalente a 140 salarios mínimos vitales y móviles, no configuran delitos para el nuevo Código, quedando su sanción reservada al derecho sancionador administrativo.

Desde otra óptica, el 12 de mayo de 1992, la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr a la ley 19359”, se ha expedido por mayoría admitiendo la constitucionalidad de la LPC.

Los motivos que ha dado la Corte acerca de la validez de la LPC, fueron los siguientes:

Considerando 4º) *“Que los fundamentos con los que se pretende cuestionar la constitucionalidad del art 8 de la ley 19359 resultan insuficientes a la luz de la doctrina del Tribunal que desde antiguo ha reconocido validez a las normas legales que, al regular materias específicas de su incumbencia, han instituido procedimientos administrativos, atribuyendo competencia a ciertos órganos –centralizados o no– para establecer hechos y aplicar sanciones con la condición de que se preserva una revisión judicial suficiente de las decisiones así adoptadas (Fallos 205:549; 270:465; 297:456 y 303:1776). [...]”*

Considerando 5º) *“Que en cuanto la impugnación que se pretende respecto del artículo 1º, inciso f), de la ley 19359, con fundamento en que dicha norma consagraría una indebida delegación de facultades legislativas al poder central debe considerarse que esta Corte declaró que no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella, debiéndose distinguir entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles para la ejecución de aquélla. Cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una facultad propia consagrada por el artículo 86 inc. 2 de la Constitución Nacional.*

La mayor o menor extensión en que tales poderes reglamentarios puedan ejercerse está determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo, los límites establecidos al determinarse la política legislativa y, naturalmente, las características de la materia que se reglamente.

En este último sentido, el Tribunal ha reconocido en retiradas oportunidades que la materia cambiaria, al igual que otras formas de actividad económica, representa contornos o aspectos peculiares distintos y variables que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrá en los hechos, por lo que una vez establecida la política legislativa, no resulta irrazonable el reconocimiento de amplias facultades reglamentarias al órgano ejecutivo, por lo que tanto el decreto 2581/64 como la circular “Copex” I, capítulo I y la Comunicación “A” 39, del BCRA, deben considerarse dictados en el marco de dichas facultades por cuanto no se advierte se haya pretendido sustituir al legislador en cuanto disponen el modo en que deben liquidarse las divisas que se obtengan en operaciones de exportación”.

Considerando 6º) *“Que el artículo 1º inciso f) de la ley 19.359 que sanciona “todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”, no entraña una renuncia a la determinación de la conducta punible sino que, con una definición abarcativa, refuerza con la amenaza de una sanción el mandato legal que impone realizar todas las operaciones cambiarias conforme lo establezcan las normas vigentes cuyo dictado, como ya se ha dicho, puede válidamente delegarse en el Poder Ejecutivo.*

Aun cuando pueda cuestionarse desde el punto de vista de su técnica legislativa, es evidente que la norma, cuya impugnación se pretende, satisface el requisito del artículo 18 de la Constitución Nacional en la medida en que, por su formulación, brinda inequívocas pautas acerca de cuáles conductas están prohibidas y cuáles permitidas”.

En función de las consideraciones vertidas en el presente ensayo, hemos tomado partido que el nuevo régimen legal en materia sancionatoria cambiaria debería contemplar las siguientes cuestiones:

- i. El nuevo régimen debería prever de forma explícita la aplicación de las garantías del proceso penal. Es la Justicia la que debe dictar la sentencia. No obstante, debe haber un efectivo control judicial del proceso asegurando una verdadera etapa recursiva (habilitando el recurso de queja) y la posibilidad de interponer excepciones previas;
- ii. El doble rol del BCRA debería ser revisado. Resulta recomendable la constitución, dentro de su estructura, de un tribunal o un cuerpo de jueces o funcionarios administrativos, encargados de resolver los casos de infracciones con capacidad técnica comprobada y estabilidad en sus funciones;
- iii. Debería regularse adecuadamente la etapa presumarial. Debería regularse la existencia de una etapa previa (ya sea a requerimiento del BCRA o por declaración espontánea) en la cual puedan acercarse elementos que desvirtúen la existencia de una infracción dolosa. Además, el inicio del sumario sólo podría decidirse mediante resolución de autoridad competente en la cual se establezca en forma precisa y detallada la verosimilitud de la imputación. No debe bastar con la mera comprobación de la realización u omisión de realizar una operación de cambio, la configuración del tipo subjetivo debe ser, también, investigada y no meramente presumida;
- iv. Los plazos para presentar la defensa deberían ser ampliados sustancialmente, para garantizar el derecho de defensa en juicio.
- v. Las facultades del BCRA de imponer medidas precautorias o cautelares como allanamientos, secuestros de documentación, utilizar la fuerza pública para la comparecencia de determinadas personas, sólo deben proceder previa orden de un juez competente. Es el juez quien deberá valorar la existencia de los elementos que justifiquen tales medidas.
- vi. Debería reconocer expresamente la aplicación del principio de ley penal más benigna.
- vii. Se propone la eliminación de la pena de prisión.
- viii. El nuevo régimen deberá centrarse en una tipicidad eminentemente infraccional administrativa, y describir como delitos sólo algunas conductas que se pretendan castigar con mayor gravedad, dejando que sea el Poder Judicial de la Nación que se ocupe, por entero, de ellas.

Bibliografía utilizada

Legislación

Tratados Internacionales

Constitución Nacional
Código Penal de la Nación

Código Procesal Penal de la Nación

Ley n° 19.359

Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación.

Doctrina

BACIGALUPO, Enrique, “Curso de Derecho Penal Económico”, MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A., Madrid, 2005 (2da. Edición).

BALCARCE, Fabián I., “Derecho Penal Económico. Parte Especial. Régimen Penal Cambiario. T. III”, Ed. Mediterránea. Citado por Martín Andrés Montero y Carlos Reggiani, “El principio de igualdad y el régimen penal cambiario. La necesidad de adecuación y racionalización del régimen”; publicación de La Ley, año 2009.

BECERRA, Federico, “Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley penal más benigna”, publicado en La Ley, 25/09/2009.

BONZÓN RAFART, Juan Carlos, “El Derecho Penal Cambiario. Antecedentes. Bien jurídico protegido. Principio de legalidad”, en GÓMEZ, Teresa, “DOCTRINA PENAL TRIBUTARIA Y ECONÓMICA N° 7”, Buenos Aires, Julio 2008, Ed. ERREPAR.

BONZÓN, Juan C., “Derecho Penal Cambiario. Sanciones y procedimiento administrativo” en “Doctrina Penal Tributaria y Económica” N° 21, directora Teresa Gómez, Ed. Errepar, 2011.

DEL ROSAL, J., “Ideas sobre la aplicación de los principios del Derecho penal a la infracción tributaria”, en *X Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1962, págs. 5-16, esp. pág. 10-12 (accesible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2781942.pdf); Cobo del Rosal, M., “Derecho penal y Derecho tributario”, en *Revista Foro Canario*, 1968, págs. 49 y sigs.; Rodríguez Mourullo, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Editorial Revista del Occidente S.A., Madrid, 1974.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GARCÍA CAVERO, Percy, “Derecho Penal Económico Parte General”, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2003.

GERSCOVICH, Carlos Gustavo, “Derecho Económico Cambiario y Penal”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2006, pág. 325.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, “Derecho Penal Económico Parte General”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, “Derecho Penal Económico”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1987.

NIETO GARCÍA, A., *“Derecho administrativo sancionador”*, 5ª. edic., totalmente reformada, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

PÉREZ ALATI, GRONDONA, BENITES, ARNTSEN y MARTÍNEZ DE HOZ, *“Propuestas para una modificación del régimen penal cambiario”*, Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario, 10 al 12 de agosto de 2009, Buenos Aires.

PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia*, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *“El bien jurídico en el Derecho Penal”*, Anales de Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Serie: DERECHO, N° 19), Sevilla, 1974.

ROXIN, Claus, *“Derecho Penal Parte General. T.I”*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

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”*, Trabajo solicitado por la Asociación de Bancos de la Argentina (ABA) como aporte a las Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario organizadas por el BCRA (10, 11 y 12 de agosto de 2009).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *“La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2006.

SUEIRO, Christian Carlos, *“Un claro exponente del Panpenalismo y sus discursos del Derecho Penal de Segunda Velocidad, Derecho Penal de Emergencia y la Administrativización del Derecho Penal”*, online (www.espaciosjuridicos.com.ar).

VÍTOLO, Alfredo M., *“El control de cambios y el régimen penal cambiario. Necesidad de su revisión”*, on-line (<http://www.derecho.uba.ar/>), Buenos Aires, 2009.

WELZEL, Hans, *“Derecho Penal. Parte General”*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZAVALÍA LAGOS, Hernán, Jornadas de régimen penal cambiario, organizadas por el BCRA, agosto 2009.

Jurisprudencia

Corte Sup., “Arpemar S.A.P.C. y otros s/ infr. a la ley 19.359”, 12 de mayo de 1992.

Corte Sup., 16/4/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, Fallos 321:824.

Corte Sup., “Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones y Argenflora Sociedad de Hecho s/ infracción ley 19.359”, 6/5/1997, Fallos 320:763.

Corte Sup., 11/4/2006, “Cristalux SA s/ley 24144 – Recurso de hecho”.

Corte Sup., 28/7/2009, “Docuprint SA, s/infracción ley 24144”.

CNPE, Sala B, “Cosméticos Avon S.A.C.I.”, 8 de febrero de 2008, La Ley online.

CNPE, Sala A, “Baglietto, Eduardo Rodolfo”, 5 de junio de 2008, La Ley, 27 de enero de 2009.

Bibliografía de consulta

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina, *“Derecho Penal Económico”*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *“Derecho Penal Económico”*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2003.

GIMENO JUBERO, Miguel Ángel, *“Derecho Penal Económico”*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2005.

HERRERO HERRERO, César, *“Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica”*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

MIR PUIG, MODOLELL GONZÁLEZ, GALLEGU SOLER, BELLO RENGIFO, *“Estudios de Derecho Penal Económico”*, Ed. Livrosca, Caracas, 2002.

PÉREZ BERNABEU, Begoña, *“La protección de los intereses financieros comunitarios”*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig.

