

Problemas derivados de la deficiente redacción de las infracciones cambiarias

Lucio J. Pérez Castelli¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Constitucionalidad; III.- Bien jurídico; IV.- Infracciones cambiarias; V.- Conclusión

RESUMEN: El presente trabajo busca llevar a cabo un análisis de los problemas derivados de la deficiente redacción de las infracciones cambiarias previstas en el artículo 1 de la ley 19.359, intentando encontrar la interpretación más favorable a los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional.

PALABRAS CLAVE: Régimen Penal Cambiario – infracciones cambiarias – Ley 19.359 – principio de legalidad – principio de lesividad – Derecho penal económico

I.- Introducción

El presente trabajo surgió como consecuencia de analizar las infracciones cambiarias para el estudio de una causa judicial. En ese momento, noté varias dificultades en la redacción de las infracciones previstas en el artículo 1 de la ley 19.359, por lo que, luego de estudiarlas en profundidad, decidí hacer un análisis de cada una de ellas y explicarlas en este artículo.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Especialista para la Magistratura Judicial por la Universidad Católica Argentina. Especialización y Actualización en Derecho Penal Económico por la Universidad de Buenos Aires. Curso de Especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, España. Especializando en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: lperezcastelli@gmail.com

Así las cosas, no sólo encontré problemas en la forma de redacción de las conductas u omisiones tipificadas en el artículo 1 de la norma referida, sino que también observé la vulneración de varios principios constitucionales.

En primer lugar, me llamó la atención la faz procesal del régimen penal cambiario. Dicho procedimiento es de carácter vetusto y con fuertes rasgos inquisitivos, por lo que, al inicio de este trabajo estudiaremos si el mismo es constitucional o no.

En segundo lugar, intentaremos determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la ley 19.359. Para responder este interrogante tomé la postura del Dr. Bonzón Rafat, -Juez de la Cámara Nacional en lo Penal Económico- y gran estudioso de este tema, como así también del pensamiento de los profesores Zafarroni, Alagia y Slokar. Además, relacioné el bien jurídico protegido por la norma con el principio de insignificancia o bagatela.

Para finalizar, examinaremos los 6 incisos del artículo 1 de la ley 19.359. En cada uno se analizará el tipo penal, tanto sus componentes objetivos como subjetivos, problemas de interpretación y constitucionales, como así también los posibles argumentos que podrían esgrimir abogados defensores.

Hecha esta introducción, estamos en condiciones de estudiar el régimen penal cambiario y determinar posibles soluciones a los problemas de derivados de la deficiente redacción del artículo 1 de la ley 19.359.

II.- Constitucionalidad

Han sido numerosos los planteos formulados contra la constitucionalidad del régimen penal cambiario. Por un lado, encontramos objeciones al procedimiento previsto en el art. 8 de la ley 19.359, el cual afectaría el debido proceso legal y la garantía de juicio previo (art. 18 de la CN). Por otra parte, se vislumbran afectaciones al principio de legalidad en varias infracciones cambiarias.

Se puede advertir que el régimen penal cambiario establece un sistema procesal completamente vetusto, de rasgo inquisitivo, que prescinde de las reglas del debido proceso legal. Claro es, que dicho procedimiento no recepta los principios de inmediación, contradicción y oralidad, propios de un sistema acusatorio.

Sin embargo, nuestro supremo tribunal ha resuelto que:

“la materia cambiaria presenta contornos o aspectos peculiares, distintos 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” (Fallos: 315:908; 199:483; 246:345; 300:392 y 304:1898). Por ello, podríamos decir que para la Corte Suprema el proceso establecido en ley 19.359 es constitucional.

Asimismo, cabe destacar que la ley 19.359 refiere a la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación. Dicho código de forma –si bien posee rasgos inquisitivos- lleva a que el procedimiento previsto en el régimen penal cambiario se desarrolle conforme los principios establecidos en la Constitución Nacional y Pactos Internacionales de igual jerarquía.

Además, cabe resaltar que en la actualidad comenzó a aplicarse en varias provincias el nuevo Código Procesal Penal Federal –acusatorio- que es mucho más respetuoso de las garantías constitucionales y que, una vez establecido en todo el territorio nacional, podrá comenzar a utilizarse de forma supletoria al régimen penal cambiario.

De igual forma, tampoco sucede que los procesos en los cuales se aplica el Código Procesal Penal de la Nación o el nuevo Código Procesal Penal Federal respeten las garantías constitucionales en su totalidad. No obstante, entiendo que, en su redacción, ambos cuerpos normativos son más respetuosos que el régimen penal cambiario.

En síntesis, más allá de los planteos de inconstitucionalidad formulados hacia el procedimiento previsto en la ley 19.359, el mismo es constitucional. Sin embargo, creo que el poder legislativo debería tomar cartas en el asunto y modificar la normativa, para que sea más respetuosa del debido proceso y la garantía de juicio previo. En ese sentido, considero que podrían aplicar las reglas y principios establecidos en el Código Procesal Penal Federal.

Por otra parte, también se llevaron a cabo varias objeciones en cuanto a la constitucionalidad de varias infracciones cambiarias, las cuales serán analizadas en el punto IV del presente trabajo.

III.- Bien jurídico

En mi opinión personal, creo uno de los grandes inconvenientes que tienen los delitos encuadrados dentro del “derecho penal económico” es definir de forma concreta cuál es el bien jurídico protegido.

Para responder este interrogante, decidí utilizar el excelente voto del Dr. Juan Carlos Bonzón en el fallo “BBVA B. F. S.A.; E., J. A.; M., M. E.; V. G. H. S/INF. LEY 24.144” CPE 362/2016/CA1 de la Sala “A” de la Cámara Penal Económico.

Respecto al bien jurídico resguardado por el derecho penal cambiario, el mencionado Magistrado relata² que es difícil definir concretamente cuál es el bien jurídico resguardado debido a que están en juego diversos bienes jurídicos denominados “supraindividuales”, “colectivos” o “macrosociales”. Así, algunos autores designan como bien jurídico protegido al “valor de la moneda nacional”, otros al “orden público económico” y/o a una diversidad de bienes jurídicos protegidos tales como “la posición general de divisas”, la “fe pública” o la “balanza de pagos” (Gerscovich, Carlos G., “Derecho Económico Cambiario y Penal”, Ed. Lexis-Nexis, Bs. As., 2006, pág. 326 y ss.)

El Dr. Bonzón resalta en su voto que los referidos bienes jurídicos protegidos se vinculan con un interés social merecedor de protección (bien jurídico final o mediato), pero que existe un bien jurídico intermedio o inmediato que es el “debido control cambiario”.

En este marco, cabe recordar que el B.C.R.A. tiene a cargo, entre sus principales funciones, verificar y fiscalizar el cumplimiento de las normas cambiarias. Por lo tanto, toda acción u omisión que obstaculice esas funciones, atentaría contra el “debido control cambiario”.

Afirma Bonzón³ que el bien jurídico final o mediato del derecho penal cambiario, que es la tutela del orden económico existente en el país, es genérico e impreciso; y contar con un bien jurídico protegido intermedio, vinculado estrechamente con el final, aporta sin duda alguna previsibilidad y seguridad a los operadores cambiarios.

² Ver fallo completo en la página oficial de la Asociación Civil ITEP SUR <http://itepsur.org/tipo/bien-juridico-tutelado/>.

³ Ibidem.

Dicho Magistrado afirma en el mencionado fallo que la ley penal cambiaria es una ley penal en blanco, es decir, que está compuesta por un núcleo estructural punitivo que se complementa con variadas normas reglamentarias y/u operativas de carácter extrapenal. Cualquier violación a las normas vigentes emitidas por el B.C.R.A. es una violación directa al bien jurídico protegido en los delitos cambiarios, dado que dificulta la función de control y fiscalización de dicho organismo.

Por último, los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden⁴ que la dudosa constitucionalidad de alguno de los tipos previstos por la ley, así como el hecho de tratarse de una ley penal en blanco, exigen que la construcción del bien jurídico protegido sea lo más preciso posible. Por ello, consideran que el “debido control cambiario” brinda una mayor seguridad a quienes operan en el mercado de cambios.

En conclusión, en consonancia con los doctrinarios que cité en este capítulo, creo que el bien jurídico mediato del derecho penal cambiario es el orden económico existente en nuestro país, que es genérico e impreciso, por lo que, también es necesario contar con un bien jurídico inmediato, que sería el “debido control cambiario”.

En otro orden de ideas, la determinación del bien jurídico tutelado se relaciona con las infracciones cambiarias y el principio de insignificancia o bagatela. En tal sentido, la no afectación del bien jurídico protegido -o la improbabilidad de que él se pueda llegar a ver afectado por la eventual reiteración masiva de la misma infracción- se traduce sin más en una conducta no lesiva, cuyo castigo penal por la mera desobediencia a la norma administrativa no sólo desnaturaliza el fin del derecho penal, sino que vulnera el principio de lesividad.⁵

Por lo tanto, al analizar las infracciones cambiarias previstas en el artículo 1, tendremos que tener siempre en miras la afectación del bien jurídico elegido, debiendo determinar en cada caso en concreto, si las conductas u omisiones tipificadas lo afectan de modo alguno que no se vulnere el principio de lesividad.

⁴ D’ALESSIO, A.J., “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Editorial La Ley, 2da Edición, Tomo III “Leyes Especiales”, Pág 407.

⁵ GUZMÁN, N. y PASTOR, D.R. “El Régimen Penal Cambiario. Problemas de imputación y alternativas procesales”. Editorial Ad-Hoc, Pág 25.

IV.- Infracciones cambiarias

Se puede definir la infracción cambiaria como “*todo acto u omisión dolosa prevista por el artículo 1 del Régimen Penal Cambiario y penada con las sanciones previstas en el artículo 2 de dicho cuerpo legal*”.⁶

En este marco, es necesario destacar que la acción u omisión imputada debe ser dolosa (incluido el dolo eventual), excluyéndose todo tipo de imputación de carácter culposa.

Así las cosas, el artículo 1 de la ley 19.359 reza lo siguiente:

“Serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones; b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto; c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio; d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultasen distintas de las denunciadas; e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor; f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”.

a) Negociación de cambio sin intervención de entidad autorizada

Para definir concretamente en qué consiste esta infracción cambiaria, primero hay que establecer que entendemos por “negociación”. Para Bonzón debe entenderse como toda actividad económica con fines lucrativos.⁷

Por otro lado, también debemos interpretar que significa “negociación de cambio”. Para ello, existen dos posturas, por un lado, el Dr. Riva⁸ entiende que es “toda transacción que responda a la naturaleza jurídica del contrato de cambio, ya sea en forma de billete o divisa”. El mencionado autor explica que debe excluirse de tal concepto el cumplimiento de una obligación en moneda extranjera que no responde a un contrato de cambio, como por ejemplo el pago en dólares del precio de una compraventa inmobiliaria.

Por otra parte, el Dr. Gerscovich define la negociación de cambio como “todo acto a título oneroso, siempre que exista una retribución (contraprestación)”. A

⁶ BONZÓN RAFART, J. C. “Derecho Penal Cambiario”, Editorial ERREPAR, Pág. 25

⁷ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág. 26.

⁸ Ibidem.

diferencia de Riva, este autor excluye del contrato de cambio al arbitraje (trueque de monedas extranjeras entre sí), sosteniendo que la transacción debe ser siempre entre divisas y moneda nacional.⁹

Explica Bonzón que el Dr. Gersovich al comentar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Esterlina SA Casa de Cambio y Turismo – Bunge, F.R. s/ inf. Ley 19.359”, sostuvo que: “... *las monedas nacionales, objeto de intercambio, constituyen una expresión de la soberanía de los Estados, que han resuelto tener y controlar su propio dinero*”. En el fallo mencionado (CSJN-Fallos: 318:207) se absolvió al condenado en instancias ordinarias anteriores, ya que las operatorias relacionados con Bonex no involucraron moneda nacional, de modo que no pudo considerarse la operación o negociación de cambios en el concepto técnico del término.¹⁰

En este punto, entiendo que cada uno elegirá la opción más conveniente según su lugar en el litigio. Como abogado defensor en el caso donde la transacción se haga sólo entre divisas extranjeras, utilizaría la postura del Dr. Gersovich y lo expuesto por nuestro máximo tribunal en “Esterlina SA Casa de Cambio y Turismo – Bunge, F.R. s/ inf. Ley 19.359”. No obstante, la parte acusadora podría tomar la postura más amplia, a fin de encuadrar en este inciso acciones que no involucren moneda nacional.

Ahora bien, personalmente considero que siempre que existan estos problemas interpretativos, deben resolverse por aplicación del principio “*pro homine*” sentado en el fallo “Acosta” de la C.S.J.N. y por lo tanto, realizar la interpretación legal más favorable para el imputado.

Por otro lado, se puede afirmar que el sujeto activo de esta infracción cambiaria puede ser cualquier persona, salvo aquellas que poseen autorización para operar en el mercado de cambios. Es necesario destacar que “toda negociación de cambio” realizada por una entidad no autorizada es clandestina y susceptible de ser sancionada conforme la infracción desarrollada en este punto. Las instituciones autorizadas a realizar operaciones de cambio son las previstas en las leyes 18.924 y 21.526.

Tal como expliqué en el capítulo anterior, debido a la deficiente y laxa redacción la ley 19.359, esta infracción puede confundirse con la prevista en el inciso b) del artículo 1 del mismo cuerpo normativo. Además, tanto el inciso en estudio como el

⁹ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 25/26.

¹⁰ Ibidem.

inciso b), pueden confundirse con el delito de intermediación financiera no autorizada previsto en el art. 310 del CP.

En relación al tipo subjetivo, es necesario que el autor conozca que realiza una operación de cambio y que su contraparte no es una entidad autorizada para operar en cambio. Es decir, su actuar debe ser doloso, admitiendo el dolo eventual.

Por último, cabe destacar que quien realiza la operación puede encontrarse en un error sobre la calidad del sujeto de cambio no autorizado.¹¹ Ello, deberá determinarse en el caso concreto y analizar si se trató de un error vencible o invencible.

b) Operar en cambio sin autorización

En primer lugar, cabe afirmar que cualquier persona física o jurídica podría realizar operaciones de cambio siempre y cuando lo haga atendiendo a las normas operativas del B.C.R.A. Es decir, el sujeto activo podría ser cualquier persona, tanto operadores no autorizados, como aquellos que, teniendo autorización, lo hacen por fuera del mercado oficial.

Como segundo punto, ya expliqué que este inciso se relaciona con el inciso a) del artículo 1 de la norma en estudio, no obstante, podría decirse que la palabra “operar” tiene una mayor extensión que el concepto “negociación”.¹²

En este marco, cabe afirmar que toda operación ilícita puede realizarse tanto fuera como dentro de una entidad autorizada o no a operar en cambios. Si se realiza fuera de la entidad (por ejemplo, compra a uno de los llamados “arbolitos”), se incurre en la infracción prevista en este inciso, pero también en los incisos e) y f). Si se la hace dentro de una entidad no autorizada, también se incurre en los supuestos previstos en los incisos e) y f), pero podría alegarse un error de hecho, por considerarla autorizada. Por último, otra posibilidad que podría ocurrir es que la operación se realice dentro de una entidad financiera autorizada, pero efectuada de manera ilícita (comúnmente llamada en “negro”), si se la hace de forma no reglamentaria, por lo que de hacerse así encuadraría en los incisos b), e) y f).

Tal como se viene explicando, lo expuesto en el párrafo anterior se debe a la deficiente redacción del régimen penal cambiario, por lo que, quien cometa la infracción podría incurrir con la misma operación en los tres incisos antes referidos.

¹¹ D’ALESSIO, A.J., Ob. Cit., Pág 409.

¹² BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 33/34.

En mi opinión personal, creo que esta cuestión se podría resolver atendiendo a los principios del concurso aparente de delitos.

Por otro lado, para la mayoría de la doctrina esta infracción requiere habitualidad. Dicha postura fue receptada en el fallo “Héctor Daniel Martín y otros s/ inf. Ley 24.144”, de la Sala “A” de la Cámara en lo Penal Económico, donde específicamente el vocal Hendler expuso que: “...*La infracción que la jueza consideró incurrida -la del artículo 1, inciso b) de la ley penal cambiaria- es la de la especie que los autores denominan “delito colectivo”, cuya característica es la profesionalidad o habitualidad...*”.

Según D’Alessio es habitual la conducta de quien negocia moneda extranjera de manera constante en un lapso de tiempo razonablemente apreciable¹³, cuestión que deberá determinarse en cada caso en concreto.

Particularmente creo necesario que quien realiza este tipo de conductas lo haga de forma habitual. En primer lugar, porque -como expliqué al inicio- la palabra “operar” posee una mayor extensión que el concepto de “negociación” analizado en el inciso a). Además, ya que se llevaría a penalizar a aquella persona que de forma ocasional cambió divisas extranjeras por moneda nacional para cumplir con algún tipo de obligación civil (por ejemplo, el caso de quien vende pocos dólares a un amigo o familiar para pagar una deuda de tarjeta de crédito). Esto último, no afectaría el bien jurídico protegido por la norma y violaría el principio de lesividad.

c) Falsa declaración

Este tipo infraccional se encuentra directamente relacionado con los incisos d), e) y f). En tal sentido, cabe mencionar que respecto al inciso d) está en riesgo de vulnerarse el principio de *non bis in idem*. Asimismo, se relaciona con los incisos e) y f) porque se dan rutinariamente en la negociación de divisas en el comercio exterior, tanto en importaciones como exportaciones.

Cabe destacar que el sujeto activo puede ser cualquier persona, tanto un operador cambiario como no, pero lo importante es que debe encontrarse en virtud del negocio jurídico que realiza, obligado a declarar la verdad respecto a la operación.

¹³ D’ALESSIO, A.J., Ob. Cit., Pág 410.

Por lo tanto, en este inciso se tipifica la conducta de quien, en el marco de una operación cambiaria o en relación con ésta, declara falsamente sobre circunstancias que por la reglamentación vigente se encuentre obligado a comunicar.¹⁴

Asimismo, el inciso g) del artículo de la norma en estudio permite la rectificación voluntaria y espontánea de las declaraciones falsas dentro de los 15 días de cometida la infracción, en cuyo caso se aplica una multa reducida del 75% respecto de la que hubiese correspondido y no se tiene en cuenta a efectos de la reincidencia.

Además, es de suma importancia resaltar que la falsa declaración debe estar relacionada con operaciones de cambio, excluyendo operaciones aduaneras o tributarias que se puedan llevar a cabo en formularios presentados ante la aduana.

En otro orden de ideas, si bien la mayoría de los autores entiende que es una infracción formal y, por lo tanto, se agota con la simple acción u omisión, también debe tenerse en cuenta su aspecto subjetivo, es decir que infractor haya actuado dolosamente. Ello, atento al grado de complejidad y gran cantidad de normas operativas cambiarias que integran los tipos infraccionales.¹⁵

Por último, para D'Alessio la acción tipificada se consuma con la mera declaración falsa, por lo que no se requiere la producción de ningún resultado lesivo.¹⁶

d) Omisión de rectificar declaraciones

Como se explicó al tratar la infracción anterior, el inciso d) del artículo 1 está relacionado con el inc c) del mismo artículo. En este punto, es necesario hacer una correcta interpretación debido a que se podría vulnerar el principio constitucional del *nom bis in idem*.

En este marco, Bonzón¹⁷ expone que el inciso en análisis no hace referencia a la rectificación de las declaraciones efectuadas erróneamente, debido a que no puede tener otro sentido lo dispuesto con referencia a “operaciones reales, distintas a las denunciadas”.

¹⁴ D’ALESSIO, A.J., Ob. Cit, Pág 411.

¹⁵ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 35/39.

¹⁶ D’ALESSIO, A.J., Ob. Cit, Pág 412.

¹⁷ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 35/39.

Por su parte, el Dr. Gersovich entiende que existe una doble infracción contemplada, por un lado, la originaria (la del inciso anterior) y la no rectificación de ella para ajustarse a la verdad (la de inciso en análisis).¹⁸

Por otro lado, el Dr. Zunino¹⁹ opina que la ley ha querido prever en este inciso aquellas hipótesis que luego de efectuada la declaración de cambios se produce un hecho que, de haberse producido con anterioridad, hubiera modificado dicha declaración. Sobre este tipo infraccional considero que la postura del Dr. Zunino es más respetuosa de las garantías constitucionales, aunque considero que sería conveniente una nueva redacción de la infracción en estudio.

Continuando con el análisis de este inciso, podemos decir que se trata de un delito omisivo impropio en el que el autor se encuentra en posición de actuar en razón de su conducta anterior, consistente en haber hecho una declaración falsa. Por ello, se configura esta infracción cuando el sujeto que debiendo rectificar una declaración anterior no lo hace.

Se trata de un delito doloso, que se satisface con el conocimiento por parte del autor de la inexactitud de la declaración anterior, es decir, la situación que funda su posición de garante.

Para finalizar, cabe aclarar que este inciso tampoco exige la producción de resultado alguno, por lo que debemos entender que se consuma cuando la rectificación no es practicada en el momento debido. Por lo tanto, es de suma importancia determinar el “momento debido”, para lo cual, deberá tenerse en cuenta si existen previstos plazos, y en caso negativo, se debería considerar el momento en que la rectificación hubiese sido efectiva para producir el efecto buscado.

e) Operaciones de cambio violatorias de las normas vigentes

Este tipo infraccional, junto con el inciso f), son los que más se vinculan con el comercio exterior (importaciones y exportaciones).

El sujeto activo debe ser una persona que cuente con autorización para operar en el mercado cambiario, debido a que, de no ser así, la conducta encuadraría en el inciso a) del artículo en análisis.

¹⁸ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 35/39.

¹⁹ Ibidem.

Tal como ocurre con el inciso a), existen dos posturas en relación a que se considera “operaciones de cambio”. Por un lado, está la teoría amplia, la cual entiende por operación de cambio toda operación lucrativa que se relacione directa o indirectamente con divisas, por lo que quedarían englobadas operaciones bursátiles o financieras, por ejemplo. Por otra parte, la teoría restringida sólo admite considerar como operación de cambio las conductas referidas al contrato de cambio.

En este marco, Bonzón considera que debe aplicarse la teoría restringida. Ello, teniendo en cuenta que una aplicación amplia del tipo penal sería, en la mayoría de los casos, una aplicación analógica prohibida por el derecho penal.²⁰

En mi opinión personal, concuerdo con la postura del Dr. Bonzón. Además, como dije al analizar la infracción prevista en el inciso a), podríamos aplicar el principio *pro homine* sentado en el fallo “Acosta” de la C.S.J.N.

Explica D’Alessio que esta infracción suele captar el incumplimiento de la obligación de ingresar y liquidar las divisas obtenidas en el exterior en razón de la venta y el consecuente cobro de productos exportados. Sin embargo, y a pesar de resultar la modalidad más usual, existen otras conductas que son captadas por la figura, como puede ser la de aquel que realiza una negociación de cambio por una cotización distinta a la que el mercado convalida.²¹

La conducta puede ser tanto activa como omisiva, quedando ello sujeto a como quede planteada la obligación por la norma que completa el tipo, sea que se presente como un mandato o como una prohibición.

Respecto al tipo omisivo, la realización de la conducta debida debe ser posible. La normativa del B.C.R.A. estipula los casos en que la omisión de liquidar divisas deviene atípica por resultar imposible su cumplimiento.

En este marco, cabe mencionar que los abogados litigantes podrían argumentar la existencia de un estado de necesidad, en cualquiera de sus dos formas. Tal como ocurre en otros delitos económicos llevados a cabo por empresas, el contexto de crisis económica de nuestro país, las dificultades para liquidar divisas, la gran cantidad de divisas existentes en el mercado de cambio y la situación particular de cada empresa (por ejemplo, encontrarse en concurso preventivo), podría llevar a una persona jurídica a cometer esta infracción amparada por un estado de necesidad.

²⁰ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 41/42

²¹ D’ALESSIO, A.J., Ob. Cit, Pág 414

En relación al elemento subjetivo, la acción debe ser dolosa, admitiendo el dolo eventual. En este punto, expone D'alesio que en lo que respecta al aspecto volitivo, el problema se centra en la prueba del dolo atento a que la jurisprudencia en materia cambiaria, en ocasiones, tienden a invertir el *onus probandi*, por lo que se pone en cabeza del imputado la carga de demostrar el desconocimiento respecto de los elementos objetivos del tipo en abierta violación a la garantía de presunción de inocencia.²²

Por último, este tipo infraccional podría admitir la tentativa en ciertos casos donde alguna de las conductas captadas por el inciso no logre su consumación. Sin embargo, esto no sería posible frente a la omisión de ingresar y liquidar divisas en el mercado de cambios, delito que se consuma con el incumplimiento de la obligación en el plazo estipulado.

f) Acción u omisión contrarias al régimen penal cambiario

Respecto a esta infracción cambiaria se puede afirmar que se trata de un tipo difuso y abierto, además de residual y abarcativo de todas las otras cinco hipótesis anteriores del artículo 1, lo que crea una grave inseguridad jurídica. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, se expidió referente a la constitucionalidad del inciso f) del artículo 1 del régimen penal cambiario.²³

Nuestro máximo tribunal tuvo la oportunidad de analizar la constitucionalidad de esta norma en ocasión de ser atacada por la presunta delegación de facultades legislativas y por la violación del principio de legalidad (art. 18 de la CN).

En ese sentido, la Corte Suprema afirmó que no nos encontramos frente a una delegación impropia de facultades legislativas puesto que la norma putativa existe y ha sido dictada por el Congreso de la Nación. Lo único que se ha autorizado al poder central es reglamentar las leyes dictadas, en ejercicio de una voluntad que le es propia.²⁴

Además, rechazando cualquier vulneración al principio mencionado, nuestro máximo tribunal resaltó:

²² D'ALESSIO, A.J., Ob. Cit, Pág 415

²³ BONZÓN RAFART, J. C.; "El Derecho Penal cambiario. Antecedentes. Bien Jurídico protegido. Principio de Legalidad", Rev. Doctrina Penal, número 7, 2008, Pág 14.

²⁴ D'ALESSIO, A.J., Ob. Cit, Pág 416.

“Que el artículo 1° 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 cuestionársela 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”.

Así las cosas, la C.S.J.N. considera al inciso f) es respetuoso del principio de legalidad, debido a que cumple con la función de comunicar en forma previa, escrita y estricta qué conductas están prohibidas y cuáles permitidas cuando se opera en el mercado de cambios.

V.- Conclusión

Luego de estudiar las infracciones cambiarias, puedo concluir que el régimen penal cambiario tiene grandes problemas que derivan de la deficiente redacción del artículo 1 de la ley 19.359.

En primer lugar, encontramos objeciones al procedimiento previsto en el art. 8 de la ley 19.359, el cual afectaría el debido proceso legal y la garantía de juicio previo (art. 18 de la CN), aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo declaró constitucional. Sumado a ello, encontramos afectaciones al principio de legalidad en la redacción de los incisos previstos en el artículo 1 de la normativa mencionada.

Asimismo, identificamos cuál es el bien jurídico protegido por el régimen penal cambiario, de modo tal, que cuando analizamos las infracciones tenemos que tener siempre en miras si las conductas o infracciones vulneraran el “debido control cambiario” (bien jurídico inmediato protegido).

En tal sentido, las acciones u omisiones establecidas en el artículo 1 se encuentran redactadas de forma deficiente, por lo cual, una conducta podría encuadrar en dos o más figuras en forma simultánea y, en consecuencia, se podría vulnerar el principio de máxima taxatividad penal, como por ejemplo sucede con los incisos a) y b) o los incisos b), e) y f).

Por otro lado, podría afectarse el principio de non bis in idem, atento a la relación que existe entre los incisos c) y d), es decir la “falsa declaración” y la

“omisión de rectificar”. Para que esto no suceda, es necesario hacer una correcta interpretación de la norma. En este punto, coincido con el Dr. Zunino²⁵, quien considera que la ley ha querido prever en el inciso d), aquellas hipótesis que luego de efectuada la declaración de cambios se produce un hecho que, de haberse producido con anterioridad, hubiera modificado dicha declaración.

También observamos que el inciso f) prevé un tipo difuso, abierto, residual y abarcativo de todas las otras cinco hipótesis anteriores del artículo 1, generando una grave inseguridad jurídica. No obstante, nuestro máximo tribunal lo consideró constitucional.

Así las cosas, son claros los grandes problemas derivados de la deficiente redacción del régimen penal cambiario. Ante ello, creo que lo más acertado sería una reforma de la ley 19.359, donde se explique de una forma más eficaz y eficiente cuales son las conductas u omisiones que se pretenden sancionar. Sin embargo, hasta que ello ocurra, será la obligación de los operadores de la justicia interpretar correctamente los incisos estudiados, de forma tal, que no se vulneren las garantías constitucionales.

VI.- Bibliografía

- BONZÓN RAFART, J. C.: “El Derecho Penal cambiario. Antecedentes. Bien Jurídico protegido. Principio de Legalidad”, Rev. Doctrina Penal, número 7, 2008.
- BONZÓN RAFART, J. C. “Derecho Penal Cambiario”, Editorial ERREPAR.
- D’ALESSIO, A.J., “Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Editorial La Ley, 2da Edición, Tomo III “Leyes Especiales”.
- GUZMÁN, N. y PASTOR, D.R. “El Régimen Penal Cambiario. Problemas de imputación y alternativas procesales”. Editorial Ad-Hoc.
- Página web de la Asociación Civil ITEP SUR: <http://itepsur.org/tipo/bien-juridico-tutelado/>.

²⁵ BONZÓN RAFART, J. C., Ob. Cit., Pág 35/39.