



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Horacio J. Romero Villanueva



REGIMEN PENAL CAMBIARO

INTRODUCCIÓN

Nuestro interés se centra hoy en efectuar análisis crítico de las conductas punibles y las sanciones previstas en el Régimen Penal Cambiario – Ley N° 19.359 (T.O. decreto 480/1995)- . Para ello, se vuelve necesario abordar la cuestión desde cuatro (4) ángulos esenciales, que confluyen para dar una visión global sobre el particular:

- Un relevamiento descriptivo de las normas que rigen la temática y su técnica legislativa.
- La aplicación de los principios de derecho penal a este tipo de conductas y sanciones.
- La posibilidad de extender el castigo a las personas jurídicas mediante la aplicación de sanciones a sus directivos.
- La urgente necesidad de reforma del régimen penal de cambios.

A fin mantener una exposición sistemática los tópicos optamos por exponer nuestras ideas bajo la formula de preguntas y respuestas, independientemente del nivel de conocimiento sobre la temática.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

1.- ¿Qué es y donde se encuentra el régimen penal cambiario?

El régimen penal de cambios es un conjunto de normas punitivas de derecho público, de carácter imperativo, ya sean sustanciales o procesales, que tipifican ilicitudes cambiarias con sus consecuentes sanciones para los sujetos, personas jurídicas o físicas, o ambas, que intervienen en operaciones de cambio. El Decreto PEN 480/95 aprueba el ordenamiento de la Ley N° 19.359 y sus modificatorias que se denomina "Ley de Régimen Penal Cambiario, texto ordenado 1995".-

2.- ¿Qué es una infracción al régimen penal cambiario?

Es un delito penal a las disposiciones del Régimen de Cambios vigentes al momento de la infracción, a la cual corresponde una sanción coercitiva de carácter patrimonial o privativa de la libertad – en caso de reincidencia- , cuya finalidad es el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico en materia de cambios. Puede consistir en acciones u omisiones, a la cual se debe aplicar los principios en materia de derecho penal, dado que es una forma de manifestación del poder punitivo del Estado. Por ende, para sancionar se debe comprobar previamente el dolo del infractor cambiario. Esto es, que en las conductas que implican violación al régimen de cambios deben contener los tres elementos básicos para endilgar responsabilidad, es decir, ser típica, antijurídica y culpable.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

4.- ¿Qué bien jurídico protege la norma penal cambiaria?

No es fácil definir el objeto de protección del Régimen Penal Cambiario, ya que existe un cierto nivel de controversia.

Hay plena coincidencia que, una de las características centrales del bien jurídico en los delitos económicos, es que reviste el carácter **de bien supraindividual**. Dos, son los puntos de vista prevalecientes: a) hay quienes defienden **un concepto restringido** de bien jurídico y b) otros, por el contrario, postulan **una noción amplia**.

Desde esta perspectiva más restringida, autores como Ventura González considera que “que el bien jurídico protegido es *“el valor de la moneda nacional y la seriedad de las transacciones internacionales”*”.

A criterio de Sueiro, se trata del *“valor de la moneda nacional”*, dado que la principal función del BCRA, como órgano de contralor de todas las operaciones cambiarias, es la de llevar adelante la política monetaria y cambiaria, promoviendo la liquidez, el buen funcionamiento del crédito y la conservación del valor de la moneda.

Por ultimo, para Gercovich se trata del *“control de cambios”*.



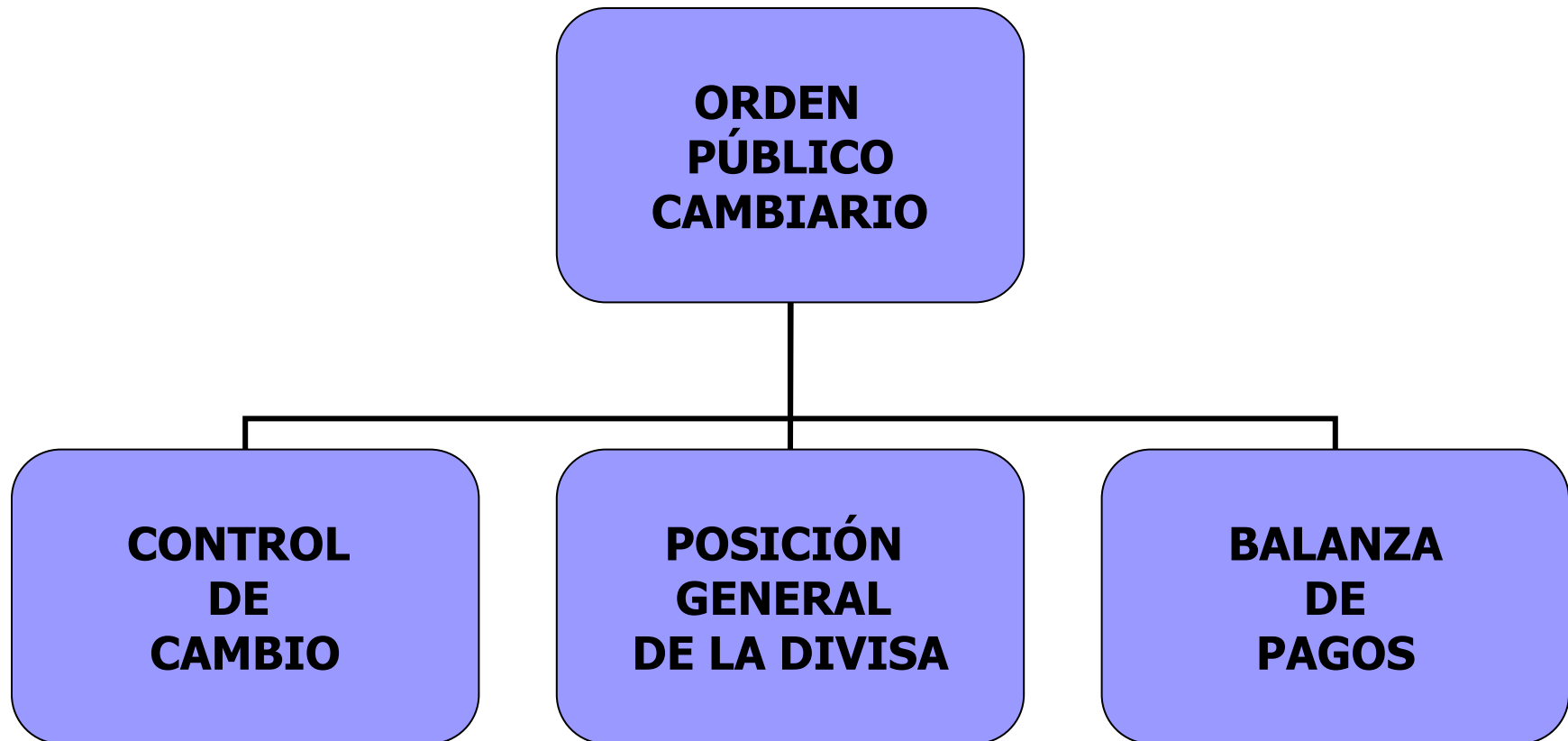
REGIMEN PENAL CAMBIARIO

En realidad para nosotros, es un bien jurídico complejo y difuso: “el *orden público cambiario*”, dado que, en su acepción amplia como delito económico, debe ser caracterizado como aquellas normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en el mercado de divisas.-

Por ello, estimamos que la idea de bien jurídico genérico mediato “*orden público cambiario*” se concreta y perfecciona en cada infracción, mediante la afectación de cada sub especie bien jurídico inmediato: a) el control de cambio, b) balanza de pago y c) posición de la divisa.-

Por ejemplo, toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones afecta de manera inmediata a la posición de la divisa, pero secundariamente al control de cambio; la declaración de cambio falsa afecta únicamente el control de cambio, la omisión de liquidar divisas afecta la balanza de pagos, ect..

REGIMEN PENAL CAMBIARIO





REGIMEN PENAL CAMBIARIO

En el afamado caso "*Legumbres*" (19/10/1989) de la CJSN, por mayoría, afirmó tres cuestiones esenciales para la interpretación del derecho penal cambiario:

a) Para solucionar el problema de interpretación del régimen penal cambiario resulta necesario desentrañar: ¿Cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar? (ver consid. 6º).

b) El legislador establece una correlación entre la pena y el bien jurídico, porque presupone que este (la pena) ha sido fijada abstractamente en la ley, de manera correlativa al valor que el legislador ha otorgado al bien que se pretende proteger (considerando 11º).

c) De la idea anterior, la Corte, por mayoría, postulo que: esta correlación entre sanción y bien jurídico es el fundamento en la proscripción de la analogía, que permite fundar la prohibición de que so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos penales a la protección de bienes jurídicos distintos que los que el legislador ha querido proteger (considerando 11º y 18º).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Para evitar interpretaciones vagas tomando en cuenta estos conceptos tenemos que:

1.- La delegación en BCRA del control de cambio no implica la posibilidad de extenderlo a otras función de política económica análogas o concomitante, de hecho la propia Corte ha reconocido que resulta trascendente para 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 y obstaculización de la política económica y financiera del Estado*" (CJSN Fallos 205:531; 320:763).

2.- El legislador ha valorado la importancia que reviste el control económico en materia cambiaria al sancionar el régimen correspondiente y proteger el bien jurídico "orden público cambiario".

3.- El hecho que el Banco Central dicte su regulación en materia cambiaria, haciendo uso de las atribuciones que le otorgan las leyes sobre policía en materia cambiaria, no implica que de por sí toda infracción al régimen de cambio tenga categoría de ilícito penal.-

4.-No puede nunca consagrarse una modalidad de responsabilidad objetiva en el régimen penal cambiario, que excluya ponderación sobre el obrar subjetivo del autor, de modo tal que la sanción se aplique por el solo hecho de haberse tipificado la infracción cambiaria.

5.- Debe precisarse que en el ámbito del régimen penal cambiario se pretende alcanzar una finalidad de carácter político que consiste, básicamente, en la protección del orden público cambiario, respetando los principios del derecho penal (presunción de inocencia, beneficio de la duda, culpabilidad, mínima intervención, lesividad, ect..).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La CSJN en el caso “*Esterlina S.A. Casa de Cambio y Turismo y otro*” (rto. 23/02/1995) estableció que el concepto de una “*operación de cambio*” surge de su acepción técnica o bien de otro tipo de negociaciones que, aunque no reúnan tales características, se incluyan por disposición expresa, como -por ejemplo- la obligación de ingresar el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales (decreto 2581 del 10/4/64), o una declaración falsa relacionada con operaciones de cambio.-

La operación imputada no reunía ninguno de estos requisitos, porque: a) eventualmente, su negociación en el mercado marginal, no involucró moneda nacional, de modo que no puede ser considerada una operación o negociación de cambios en el concepto técnico del término; b) e las conductas probadas, pese a constituir un incumplimiento de las condiciones en que esas operaciones debían realizarse y, posiblemente, alterar de algún modo la posición de cambios que el BCRA controlaba, no tienen prevista sanción expresa ni en ellas exista una remisión al régimen punitivo vigente en materia de cambios (considerando 9º).

Este modo de integración la ley penal en blanco no surge una correlación entre sanción -prevista para operaciones cambiarias y otras expresamente tipificadas- y bien jurídico -, por lo cual no se puede, so pretexto de interpretación, ampliar la infracciones a la protección de bienes jurídicos distintos de los que el legislador ha querido proteger (Fallos 312-1920, consid. 11).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

5.- ¿ Cuales son las conductas punibles en este régimen penal?

Según el art. 1º - Ley N° 19359 "*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 régimen de cambio*"

Cada uno de los incisos se presenta como un tipo penal en blanco. Esta particularidad hace que *no sea* la mejor técnica legislativa para describir delitos y genere inseguridad jurídica, lo cual es particularmente grave en materia penal.

Sin embargo, esas infracciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.

Veamos detenidamente cada una de ellas.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

a) Negociación marginal o clandestina.-

El inc. a) reprime toda negociación de cambio sin intervención de una institución autorizada. Básicamente, se trata de un conducta activa = negociación marginal de cambio.

Tipo objetivo.

La regla general es que todas las operaciones de cambio son restringidas y deben concretarse en el mercado regulado y controlado por BCRA y por operadores autorizados. Existe una prohibición genérica en el art. 1º de la ley 18.924 que especifica *“ninguna persona podrá dedicarse al comercio de compra y venta de moneda y billetes extranjeros, oro anonedado y cheques de viajeros, giros, transferencia u operaciones análogas en divisas extranjeras, sin previa autorización del BCRA para actuar como casa de cambio, agencia u oficina de cambio”*.

El elemento normativo está integrado por el concepto *“institución autorizada”* que se asocia a la figura del operador previamente facultado por el BCRA, que por reenvío se tratan generalmente de Casas de Cambio, agencias y oficinas de cambio – Ley 18.924 y Decretos PEN 62/71 y 427/79- y entidades bancarias.

La acción punible está constituido por la conducta activa *“negociación”*, la debe interpretarse como toda operación a título oneroso que genere una retribución (contraprestación en virtud de la diferencia de cambio entre monedas).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La acción consiste en el traspaso divisas por moneda nacional a título oneroso fuera del circuito de operadores autorizados por el BCRA, por lo cual se sanciona las operaciones clandestinas que pretende efectuarse.

Admite la tentativa, pero la jurisprudencia la desestimó *“si tan sólo habría existido entre los imputados una mera conversación sobre la posibilidad de la venta de dólares”* (CNPE, Sala 2ª, 22/11/198 – Caliguri, Antonio y Harro Goldschmidt, Bernardo).

Tipo subjetivo

El elemento subjetivo esta constituido por el dolo directo = voluntad de negociar divisas + el conocimiento certero que en la transacción se hace con una entidad no autorizada.-

Autoría.-

Se trata el sujeto activo es genérico (particulares, entes jurídicos o ambos). Se trata de un caso de coautoría necesaria o forzada en atención a la modalidad de la acción *“negociación”*.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Principio de insignificancia.

- 1.- El papel del bien jurídico como herramienta de análisis de la tipicidad, pone de manifiesto que no puede estarse únicamente a la mera adecuación formal de la conducta para tener por afirmado el juicio de tipicidad, sino que aún es necesario constatar la magnitud de la lesión al bien jurídico.
- 2.- Siempre se impone la necesidad de distinguir entre los diversos grados de afectación que pueden sufrir el orden público cambiario, sin perder de vista el bien jurídico inmediato, así lograr excluir del ámbito del poder represivo aquellas transgresiones que no dañan de manera significativa el objeto de protección de la norma cambiaria.
- 3.- Siempre debe tener en cuenta la magnitud de la negociación, pudiendo operar como una causal de exclusión de la tipicidad por diversos medios.-



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

- 3.- La Sala “A” de la CNPE en caso “*Murillo, Hortensia E. y otro*” (rta. 15/12/2004), confirmó la materialidad de la infracción al art. 1 inc. a) a una jubilada de 70 años de edad que había vendido, U\$S 200 a un particular, pero redujo el monto de la multa impuesta al mínimo legal y, dado que la norma aplicable – art. 2 de la ley 19.359 - sólo fija el tope máximo (diez veces el valor de cada operación), considerando apropiado establecer un valor meramente simbólico que de \$ 10.
- 4.- Entre sus fundamentos, el Tribunal reconoció que se trata de un hecho intrascendente que se halla en el límite de lo que una ley puede castigar sin transgredir el principio de reserva del art. 19 Constitución Nacional.-
- 5.- Cuando la afectación a un bien jurídico es ínfima, ninguna reacción de carácter penal puede presentarse como razonable y proporcional.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

b) Operar en cambio sin autorización

Esta conducta guarda una íntima relación con la explicada anteriormente.-

La acción es operar se trata de una conducta activa consistente en la intervención o intermediación por parte del sujeto activo en la operaciones de cambio a título oneroso, con la característica carecer de autorización debida por parte el BCRA. En general, la norma pretende evitar dentro del circuito cambiario formal (léase, casas de cambio, entidades, etc...) se desvíe o forme un mercado de cambio marginal o clandestino a fin de evitar la negociación por “*afuera del mercado de los agentes regulado*” o quienes sin tener la debida autorización operen en él sin el debido contralor del BCRA.

El bien jurídico protegido por la infracción es el control de cambio, ya que se trata de evitar la burla al marco regulatorio de la actividad por parte del ente rector.

Tipo objetivo

La conducta consiste en operar fuera del ámbito de la limitaciones normativas, técnicas y económicas instituidas en el mercado por el BCRA, para los sujetos físicos o jurídicos, autorizados o no.

Es necesario entender, respecto del mercado cambiario, la peculiar naturaleza de la actividad - análoga a la que reviste la actividad bancaria- impone especialmente la necesidad de sujeción a las disposiciones y control que, en ejercicio del llamado poder de policía bancario o financiero, ejerce ese ente autárquico, colocado por el legislador como eje del sistema financiero (ver dictamen del procurador general, de la Corte Sup., en Fallos 303:1776 y 307:2153).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Precisamente por eso es que esta actividad se diferencia de otras de carácter comercial, distinguiéndose especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central (Corte Sup. en Fallos 275:265), quien ostenta la facultad de reglamentar esta materia y también vigilar la aplicación de las normas que la regulen, sancionando las transgresiones que se produzcan.

La autorización para actuar en cambio, a diferencia de las autorizaciones administrativas que se limitan a restablecer la libertad de obrar, es esencialmente obligatoria: se otorga para que el cambista negocie necesariamente (art. 2 inc. e ley 18924; art. 7 decreto 62/1971) pues no procura que se lucre -aunque sea el provecho lo que lo lleva a solicitarla- sino que cumpla con un interés público.

La autorización para actuar, por ejemplo, como casa de cambio, al margen de las condiciones exigidas para otorgarlas, implica una infracción al régimen penal cambiario.

Por ejemplo, está prohibido a las casas de cambio y a las agencias de cambio, realizar operaciones a término y de pases de cambio, así como las que se relacionen con exportaciones e importaciones, apertura de créditos simples y documentarios, mediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros, aceptación de depósitos y otorgamiento de préstamos, avales y otras garantías en moneda nacional o extranjera - Decreto PEN 62/71 – art. 3º inc. a) -.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Las entidades habilitadas están sujetas a una auténtica relación especial de sujeción a la normativa cambiaria. No se trata ya del mero control negativo sobre el ejercicio de derechos, sino de una técnica mediante la cual se instrumenta la regulación global de la actividad; regulación unilateral que comprende tanto el momento inicial de la autorización, como todo el desarrollo posterior de la actividad.

Siempre es necesario distinguir: a) la banca de hecho o mesa de dinero (mercado marginal); b) el ente autorizado que realiza operaciones prohibidas (mercado clandestino).-

Esa necesidad de operar comprende -en grados variables según las sucesivas reglamentaciones- no sólo lo que debe hacer con otros individuos, sino también lo que se impone hacer con el propio Banco Central (art. 6 decreto 62/1971).

Tipo subjetivo.

Dolo directo o de primer grado = conocimiento actual al momento de operar de carecer de la debida autorización + voluntad de operar en cambio de manera onerosa con terceros.

■ **Tentativa.-**

Admite la tentativa (Gercovich), para nosotros no.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

c) Declaración cambiaria falsa

La infracción reprime “*toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio*”, por lo cual la doctrina la califica como una forma particular de “*falsedad documental*” (Gercovich), abarca únicamente la conducta positiva de insertar datos o hechos falsos en un documento (en papel o electrónico) o boleto relacionado con operaciones de cambio.-

Por su propia naturaleza el boleto de cambio esta llamado a registrar la verdad. Así las falsas declaraciones pueden efectuarse mediante una falsa refrendación bancaria al indicar un código de destino de la operación de cambio distinto al que realmente habrá de aplicarse

El objeto de la declaración se vincula directa y estrechamente con las funciones de control de cambio que competen al BCRA, y la declaración constituye una de las formas mediante las cuales se realizan, en parte, dichas funciones.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Tipo objetivo.-

Se trata de un delito de carácter formal, que se perfecciona instantáneamente en el momento en que se hace insertar la declaración falsa de un documento, independientemente de que se produzca o no perjuicio, pues sólo requiere la posibilidad en abstracto, de que se pueda causarlo al control cambiario.-

El elemento normativo “*declaración*” nos remite a recordar que las operaciones de cambio están reguladas y controladas mediante la confección de los boletos de cambios - Comunicación “A” 3471 del BCRA y modificatorias-

Sin embargo, la declaración incompleta, de algún modo defectuosa o insuficiente, no tipifica la conducta, porque no resultan hábiles como tales para ser punibles. La manifestación debe ser precisa e inequívoca y contener todos los elementos requeridos porque no puede aceptarse que ninguna manifestación imprecisa (sea ambigua, incompleta, dual, genérica, etc.), la cual no es susceptible por ello de considerarse ni verdadero ni falso.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Tipo subjetivo

Por su caracteres la conducta solamente puede ser punible a título de dolo directo. Por ello, adquiere un relieve superlativo la necesidad de indagar los requisitos subjetivos (dolo falsario o voluntad de alterar conscientemente la verdad).

Dentro del contexto de la estructura de la infracción descrita en el art. 1 inc. "c" del Régimen Penal Cambiario, está sub-estructurado por dos elementos: (a) cognitivo y (b) volitivo.

La cognición integrante del dolo de culpabilidad supone (a.1) el conocimiento de los elementos de hecho, la suscripción de la declaración cambiaria o boleto de cambios y (a.2) el conocimiento de la ilicitud, saber que la obligación de veracidad de los datos forma parte del ilícito cambiario.

(b) La volición esta compuesta por la inserción de un dato no real o imaginario con la finalidad faltar a la verdad.-



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

d) Omisión de rectificar la declaraciones o reajustes

La conducta punible es compleja ya que se trata de la omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultasen distintas de las denunciadas. A posteriori de una declaración cambiaria falsa se rectifica voluntariamente a través de la puesta en conocimiento de la autoridad de contralor, mediante una segunda declaración que sanea las falsedades, y hace todo ello en forma espontánea, esto es, no influido por la actividad fiscalizadora del organismo.

Es decir, que esta compuesta por una acción, la presentación de una declaración falsa, y una omisión, rectificarla o formular su reajuste.

Tipo objetivo.-

Nos encontramos ante una infracción de comisión por omisión, por lo que intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico que resulta lesionado también por la omisión: el control de cambio.-

Se entiende por declaraciones rectificatorias presentadas, todas aquellas que tengan por objeto corregir un o más datos mal registrados o completar una declaración por información omitida en la declaración original presentada.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Tipo subjetivo.-

El dolo esta formado por el conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar, de las circunstancias que fundamentan esta posibilidad y que el agente haya sido, por lo menos, indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico.

Atenuación de la punición

En el caso que decida corregir, agregar o eliminar algún dato, deberá confeccionar una nueva declaración con los antecedentes correctos, salvando el error en que hubiere incurrido. Es decir, el sujeto activo deberá presentar la totalidad de la información a que se encontraba obligado, no siendo admisible que consigne en la nueva declaración a presentar sólo el antecedente que corrige, aún cuando se trate de correcciones relativas

El inc. g) del art. 2º del RPC, establece una reducción de la penal en el caso, porque si el infractor rectificase la misma en forma espontánea dentro del término de 15 días de cometida la infracción, se fijará la multa en 1/4 de la que hubiese correspondido de no mediar dicha rectificación y no se tendrá en cuenta esa penalidad a los efectos de la reincidencia.-

Esta sujeta a una condición de procedibilidad, el plazo 15 días desde que se presentó la declaración falsa, lo cual lo torna casi inoperante como que causal de atenuación de la sanción. Lógico sería que operará luego de haber sido intimado a rectificarla en un plazo perentorio.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

ERROR DE PROHIBICIÓN Y DE TIPO

En el ámbito del derecho penal cambiario no existe una regulación particular del error, rige el inc. 1º del art. 34 del Cód. Penal donde declara inimputable al que al momento del hecho obre motivado bajo un error de hecho o ignorancia no imputable.

El error sobre un hecho constitutivo de la prohibición cambiaria excluye el dolo, por lo que sólo puede imponerse una sanción cuando el error es vencible y en el delito cambiario en cuestión no admite la imprudencia.

De este modo, cuando el error es invencible o es vencible pero el tipo en cuestión no puede ser cometido por imprudencia el error conlleva la impunidad. Por su parte, el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y por tanto la pena, mientras que el vencible obliga al juez a atenuar la pena prevista para el delito doloso, pues se entiende que aunque el hecho continúa siendo doloso la culpabilidad resulta menor. Ambas cuestiones están estrechamente relacionadas.

Una de las principales dificultades que plantea la distinción entre error de tipo y error de prohibición es el tratamiento del error sobre el significado jurídico de aquellos elementos del tipo (elementos normativos, por ejemplo, comunicaciones del BCRA) que sólo son comprensibles a partir de otros preceptos jurídicos extra-penales a las que remite una ley penal en blanco.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La complejidad proviene de que estos errores pueden ser catalogados simultáneamente como errores de tipo y de prohibición. Ejemplo: quien desconoce, porque ha interpretado mal la normativa que regula una determinada operación de cambio, un determinado requisito imprescindible para formular la declaración cambiaria y declara mal, por un lado, no tiene intención declarar falsamente y por otro, considera que su comportamiento es conforme al ordenamiento jurídico.

En consecuencia debe considerarse siempre el error sobre los elementos normativos y normas penales en blanco constituye normalmente un error de tipo. Desde un punto de vista doctrinal esta parece ser la posición ligeramente mayoritaria.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

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.-**

Estamos en presencia de un tipo penal en blanco, porque la norma incriminante es claramente incompleta, donde el precepto (incluye “toda operación de cambio que no se realice”) y sanción (multa, prisión, suspensión).

De hecho tipo se sanciona la operación de cambio que no se ejecute, teniendo en cuenta la reglamentación dictada por el BCRA. La norma a título de ejemplo, indica cantidad, moneda, plazo o tipo de cotización, pero inmediatamente después tiene una cláusula abierta al reenviar a “demás condiciones” establecidas por la normativa dictada por el BCRA.

El precepto, es relativamente indeterminado, siendo determinable mediante norma jurídica distinta que será generalmente una Comunicación “A” del BCRA, cuyo reglamento – complementario del precepto - tiene que darse antes del hecho, pues de otra manera se sancionaría en parte con una **norma** posterior.

En este tipo penal se involucran varios supuestos siempre referido a operaciones de cambio por sujetos autorizados , “... *ya que de no darse esta condición se estaría frente a la infracción del inc. a) de las mismas disposición que sanciona cualquier transacción sin intervención de cambista autorizado*” (CNPE, Sala 2ª, 28/9/1987 - “Casa de cambio Cambino S.A.”).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Supuestos particulares: liquidación de divisas provenientes de operaciones de comercio exterior

A partir del 06/12/2001, se reimplanta la penalización de la omisión de ingresar al país y negociar en el mercado único de cambios, dentro de los plazos que establezca la reglamentación, el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales hasta alcanzar su valor FOB o CYF.

Esta obligación genérica que pesa sobre los exportadores de liquidar el contravalor no es absoluta, ya que, por ejemplo, cuando el monto de las operaciones de exportación no supere los U\$S 30.000, las mismas pueden quedar exceptuadas de las disposiciones del art. 1º del Decreto PEN 2581/1964, siempre que fuesen efectuadas directamente por Pymes - art. 1, Decreto PEN 1534/1990.

Por otra parte, este deber está condicionado al hecho de la percepción del valor de las mercaderías vendidas en el extranjero de manera tal que la sola omisión solamente puede constituir una presunción razonable de negociación clandestina, en el sentido de que con ellas se impone un deber de diligencia y cuidado a los exportadores (CNPE, 28/11/1984 - "Eudeba"; 17/03/1989 - "Davidzon", 21/06/1995 – "Xerox Argentina", entre muchos otros)



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La Sala "A" de la CNPE en la causa "*Prensa Río de la Plata S.A.*" (rta. 08/05/2007), entendió que la liquidación de las divisas de ciertas operaciones no fue en forma tardía, aún cuando la misma se habría efectuado una vez iniciado el sumario cambiario por el BCRA, luego de ciertas gestiones de cobro iniciadas por la sumariada.

Sobre estas operaciones se dijo que "habiendo sido la liquidación fuera de término fruto del ingreso tardío por parte del importador en el exterior, dicho accionar no puede ir en contra del exportador, ya que de lo contrario se sancionaría por hechos de terceros".

La misma sala A de la CNPE, ya se había expedido con fecha 18/3/2005 en autos "*Alba Fábrica de Pinturas, Esmaltes y Barnices S.A.*", donde se resolvió que "la omisión del ingreso de los valores de las operaciones cuestionadas juega como presunción iuris tantum de la negociación clandestina, si no se acreditan los extremos necesarios tendientes a demostrar la verosimilitud de los descargos efectuados por la defensa, ya que frente a cualquier exportación opera, normalmente, la presunción mencionada e incumbe al sumariado la carga de la prueba que permita desvincularlo de la sospecha de negación cambiaria clandestina".

En dicho decisorio se sostuvo además que "el deber de ingresar las divisas al país propio del régimen de cambios -art. 1, incs. e y f, ley 19359- sólo existe en función de la percepción que realice el exportador, dado que una vez percibidas éste no puede sustraerse a su obligación de negociarlas con fáciles pretextos, maniobras obvias o la simple alegación de ausencia de intención en la comisión de la infracción imputada".



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La Sala “A” de la CNPE la causa “ *Hijos de Pedro Vincenti S.A.*” rta, el 25/02/2008, reconoció el estado de emergencia económica como un situación pública y notoria, dando verosimilitud a las explicaciones brindadas por la empresa para justificar una demora de un mes resultan verosímiles y si bien no aportó pruebas a ese respecto, constituye un hecho público y notorio la situación de crisis económica a comienzos del año 2002 que se invoca.

La Sala “B” en la causa “ *Cosméticos Avon S.A.C.I.*” (rta. 08/02/2008) ha vuelto a reafirmar una regla muy peligrosa para la liquidación de divisas provenientes de operaciones de comercio exterior, ya que a juicio de este Tribunal en materia infraccional cambiaria cuando se verifica la materialidad de una infracción, la culpabilidad se presume, estando a cargo del imputado la carga de la prueba que lo exima de responsabilidad. Esta presunción *iuris tantum* comprometen seriamente el principio de inocencia por vía de la interpretación del *onus probandi*, ya que se está eximiendo al BCRA de la carga de la prueba cuando imputa la materialidad de la infracción, sin perjuicio de que la sumariada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

f) Todo acto u omisión que infrinja las normas del régimen de cambios

Dentro del régimen penal cambiario, el inc. f) es el más cuestionable desde el punto de vista del uso de la técnica de la ley penal en blanco, mediante un reenvío indebido, en este caso, a disposiciones que pueda dictar el BCRA.-

La regla general consiste en que el tipo penal cuente con una descripción completa de la conducta objeto de sanción, también es posible, a nivel excepcional, que dada la naturaleza de la conducta que se quiere reprimir, el legislador considere necesario que exista reenvío normativo, siempre y cuando tal remisión sea clara e inequívoca. Es decir, que no quede al arbitrio de la autoridad del BCRA, la creación del tipo, ni expuesto una arbitrariedad, por la ambigüedad en la descripción de la conducta considerada como delito.-

Uno de los principios esenciales en el derecho penal cambiario es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

De hecho en la disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi en el fallo “*Arpemar S.A. y otros*” (Fallos 315: 908), se señaló sobre el particular que “el 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 (y su remisión a Fallos 308:2236, consid. 7°)”.

Por consiguiente debe argumentarse, que esa remisión normativa hace que la conducta sancionada queda totalmente indeterminada, de suerte que incluso podrían castigarse comportamientos tan inocuos, monedas metálicas o el color del papel o formato del boleto de cambio regulado en la Comunicación “A” 3471.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

De hecho, la especialidad del sector financiero o bancario no autoriza a una suerte de renuncia de la potestades represivas por parte de órgano legislativo a favor del BCRA, lo que permite incluir dentro de la amenaza de sanción y la conducta prohibida por su propio arbitrio.

El Comunicación "A" 3471, que sobre el particular regula los requisitos que deben reunir las operaciones de cambio de libre juego de la oferta y demanda, en su punto 3 dispone caprichosamente que "todas las operaciones que no se ajuste a lo dispuesto en la normativa cambiaria, se encuentran alcanzadas por el régimen penal cambiario".-

Finalmente, es preferible que alguna conductas queden impunes en el régimen de cambios a que el BCRA pueda darle tratamiento de delitos a cada norma cambiaria que dicta, porque lo cierto es que nuestro sistema constitucional, tiene un espíritu garantizador de libertades y garantías individuales que ha venido imponiéndose como rasgo distintivo de toda nuestra legislación penal sin excepción. Admitir lo contrario, implicar caer en la violación de la división de poderes.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

SANCIONES

La sanción penal, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los destinatarios de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha del régimen de cambio, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho penal. (proporcionalidad entre gravedad de la pena y la infracción, culpabilidad, personalidad de la pena, etc..)

La multa es la pena pecuniaria por excelencia para la infracción cambiaria y se hace efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.

La ley 19359, tiene una escala multa gradual, donde al primario se le puede aplicar una multa de hasta DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción.-



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

En caso de primera reincidencia esto es una condena anterior firme, después de la comisión de una segunda infracción, el juez puede optar por una pena alternativa de prisión de uno (1) a cuatro (4) años o una multa de TRES (3) a DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción.-

Pero si la multa impuesta al primario solamente no hubiese sido superior a tres (3) veces el valor de la operación la pena alternativa disminuye de un (1) mes a cuatro (4) años de prisión

En caso de una segunda reincidencia, la pena es conjunta, esto implica prisión de uno (1) a ocho) años y diez (10) veces el valor de la operación.-

También es facultativo del Juez en lo Penal Económico aplicar la pena conjunta de suspensión hasta diez (10) años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez (10) años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios.-



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

La Resolución N° 584 del BCRA del 06/11/1998 establece el régimen de facilidades de pago para deudores de multas impuestas bajo el régimen penal cambiario, pero ante la falta de pago de cualquiera de las cuotas implica, sin necesidad de interpelación previa, la caducidad automática del plan de facilidades otorgado y hará inmediatamente exigible el saldo adeudado, más sus intereses, que no serán susceptibles de nuevas facilidades.

En el caso de haberse iniciado la ejecución judicial para el cobro de la multa, será condición para el otorgamiento de facilidades, que el ejecutado asuma la totalidad de los costos y costas de ese juicio.

De hasta doce (12) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, para multas inferiores a diez mil pesos (\$ 10000).
De hasta veinticuatro (24) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, para multas superiores a diez mil pesos (\$ 10000) e inferiores a cien mil pesos (\$ 100.000).
De hasta treinta y seis (36) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, para multas superiores a cien mil pesos (\$ 100.000) e inferiores a un millón de pesos (\$ 1.000.000).
De hasta cuarenta y ocho (48) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, para multas superiores a un millón de pesos (\$ 1.000.000).



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La fórmula empleada por la ley de Régimen Penal Cambiario abarca todas las situaciones concernientes al problema de las personas jurídicas, “cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e).

En primer lugar describe delitos comunes, no especiales o de deber. El principio de legalidad no exige que se determine en la norma, es decir en el tipo penal, el sujeto específico, sino la conducta activa u omisiva, ya que los otros elementos pueden señalarse de manera tácita en el tipo. Además, cuando una norma no tiene un autor cualificado, se entiende que hace referencia a un autor genérico, a cualquier persona que realice la conducta. En el derecho penal cambiario puede ser una persona natural o jurídica.

Por consiguiente incurre en ellos cualquier persona que, por ejemplo, opere en cambios o formule una falsa declaración. No está restringido a quienes son operadores de cambio autorizados. Entonces tampoco importa que interpongan una persona jurídica; rigen los principios comunes de autoría y participación y, por lo tanto, responde quién lleva a cabo el hecho con todas las salvedades concernientes a la autoría mediata y a la complicidad.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Complementariamente está prevista la solidaridad de los mandatarios por su intervención en el hecho. Desde el punto de vista del Derecho Civil es una responsabilidad heterodoxa porque hace excepción a la regla general del mandato que consagran los arts. 1930 y 1946 del C.Civil. Si la consideramos penal viene a ser una norma redundante: la intervención que se requiere tiene que alcanzar el grado de complicidad y eso ya está previsto en el Código Penal.

Tiene dicho la jurisprudencia que “según el artículo 3º de la ley 19.359, son responsables de las infracciones cambiarias las personas físicas autoras del ilícito y las personas generalmente beneficiarias del mismo. No hay dos infracciones, sino una sola compartida entre esos responsables” (CNPE, Sala 1ª, 07/06/1977, “Danduf S.A. y otros”).

Los conceptos “responsables” y “personas físicas autoras del ilícito y las personas jurídicas generalmente beneficiarias del mismo” indican que para ser sancionados debe tratarse de sujetos que hayan intervenido en la comisión de un hecho punible.

Esta prohibido la construcción de una responsabilidad objetiva – bajo el ropaje de la categoría de delitos formales o indicios ambiguos- no solo se desconoce el principio penal nulle crimen sine culpa sino también los tratados internacionales en materia de derechos humanos, especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8º), el Pacto Internacional sobre Derechos Humanos y Políticos (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º), los cuales rigen en nuestro país y tienen fuerza vinculante por disposición del artículo 75 inc. 22º de nuestra Constitución Nacional.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

El retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratare de personas de existencia ideal.

Las personas de existencia visible o ideal son responsables en forma solidaria con sus dependientes por las penas pecuniarias que correspondieren a éstos por los delitos aduaneros que cometieren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición.

La fórmula referida a la responsabilidad solidaria de los agentes de la persona jurídica es mucho más severa y objetiva que la de la ley de Régimen Penal Cambiario: en lugar de poner la condición de haber intervenido en el hecho, da a entender que basta investir la calidad a la época del hecho para incurrir la responsabilidad solidaria.



REGIMEN PENAL CAMBIARIO

Este panorama de la norma motiva la siguiente reflexión e invitación abierta a reforma la ley 19.359, en cuanto a los siguientes puntos para actualizar nuestra política criminal en materia de cambios:

- En la materia es indispensable fijar un piso o límite cuantitativo a partir del cual se vuelva relevante la punición del delito cambiario, y ello nos ubica ante una condición objetiva que elimina tan sólo la punibilidad del autor y no la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de su conducta.
- Legislar una norma semejante a la contenida en el § 42 del StGB austríaco, conforme a la cual se califica el hecho como "*no punible*" en caso de ausencia de consecuencias del hecho o de que éstas sean insignificantes y de ausencia de necesidad preventiva de pena, es posible sostener que el delito cambiario está sujeto a una condición de punibilidad que se fundamenta, precisamente, en preservar la reacción penal necesaria y proporcionada.
- Regular taxativamente las causales eximentes de culpabilidad tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la insuperable coacción ajena y el error invencible para evitar de la responsabilidad objetiva pues ésta implica que se aplique la sanción como una consecuencia necesaria e irremediable de la infracción, resultando innecesaria la demostración de la ausencia de culpa por el infractor.
- La responsabilidad por el delito cambiario en que incurran las personas jurídicas, corresponde también a los representantes legales, socios, administradores y en general, a las personas naturales con poder decisorio para haberlas obligado o cuya concurrencia haya sido necesaria estatutariamente para ejecutar los actos o los hechos en infracción a la ley 19.359.