

## INTRODUCCION

Tal como lo indica la convocatoria a la presente jornada, el tema a analizar es la normativa penal cambiaria pero ya no como tal o en sí misma, es decir de forma doctrinaria o en abstracto, sino conectada con la andanada de sumarios abiertos por el BCRA mediante formulaciones de cargos a múltiples empresas, de todo rango e importancia, que durante el año 2002 y en el curso de sus operaciones de comercio exterior no habrían ingresado y/o liquidado las divisas provenientes de sus operaciones de exportación dentro del plazo establecido para ello por el cúmulo de Resoluciones y Comunicaciones dictadas durante ese período.

No parece necesario abundar respecto de las características de la situación vivida en ese entonces, basta solo con evocarlas pues están bien frescas en nuestra memoria y aún cuando sus efectos parecieran haberse superado –al menos para el sector privado, ya que en lo que respecta al Estado se lo viene prorrogando año tras año, junto con los llamados “súper poderes” que son su aparentemente inevitable secuela- la apertura de nuevos sumarios por supuestas infracciones el Régimen Penal Cambiario (RPC), en no pocos casos al filo de operarse el plazo de prescripción de la acción, resulta un tan inesperado como doloroso recuerdo para quienes debieron afrontar en aquel entonces dilemas que involucraban no pocas veces la subsistencia misma de las empresas y entidades que dirigían y que ahora, transcurridos seis años, resurgen al ver que deben además del caos de aquel entonces, enfrentar ahora la sorpresiva amenaza de una sanción penal.

Con ese telón de fondo, resulta oportuno un repaso a las principales características del llamado, tal vez mal llamado, RPC transitando sus diversos

aspectos a través del desarrollo del temario preparado para esta ocasión y que, en primer lugar, como no podría ser de otro modo, ha de comenzar con un análisis, no por somero menos necesario, de los conflictos y tensiones que dicha normativa genera cuando se trata de confrontarlo con principios y garantías establecidos en la Constitución Nacional.

### **SOBRE LA CONSTITUCION NACIONAL EN GENERAL**

Es usual que para referirse a la Constitución Nacional se utilicen términos tales como "ley suprema" o "ley de leyes". No se trata de un simple recurso discursivo empleado para evitar repeticiones o reiteraciones ni es un simple eufemismo. Nunca será suficiente cuanto se haga y cuanto se diga para enfatizar el papel que cumple la Constitución como condición necesaria para la existencia misma de un Estado de Derecho, como tampoco nunca será suficiente enfatizar, aún en los términos más sencillos posibles, la necesidad, particularmente entre los hombres de leyes, de comprender acabadamente cuál es su razón de ser y la necesidad de su existencia y observancia.

El constitucionalismo moderno no es sino el resultado de una evolución de siglos, muchas veces cruenta y dolorosa, que abarca los sucesivos esfuerzos que han llevado a cabo las sociedades más evolucionadas para poner límites al ejercicio despótico y abusivo del poder.

La tendencia al desborde y aún al autoritarismo es una característica que parece estar ínsita en la propia mecánica del ejercicio del poder; consecuentemente se requiere de límites eficaces y precisos para que derechos básicos y elementales de los seres humanos, como la vida, la libertad o

la propiedad, no queden a merced de los caprichos de quienes ejercen la autoridad.

Desde la Carta Magna en 1215 hasta nuestros días, el afianzamiento del orden constitucional ha sido la herramienta a través de la cual se han afirmado conceptos tales como el de soberanía del pueblo, del poder concebido como una delegación de dicha soberanía, de los derechos y garantías como una expresión no del ámbito de actuación de las personas sino como la expresión de los límites que el ejercicio del poder no podrá superar sin poner en riesgo cierto la vigencia de aquellos derechos fundamentales.

Configuran verdaderas restricciones, límites infranqueables, que apuntan a definir y acotar los límites dentro de los cuales los ciudadanos delegan el ejercicio del poder en sus gobernantes de modo tal que en su desempeño no se incurran en intolerables menoscabos a sus derechos sustanciales y que no se conciben sino como inherentes a la personalidad humana.

Su función, y aquí me apropio de una afortunada expresión que, desafortunadamente para mí, no es de mi autoría, es la de constituir una salvaguarda del individuo frente al autoritarismos y a los excesos del poder; como carta de garantías del ciudadano frente al poder delegado de modo de evitar la tiranía.

La referencia a un orden jerárquico normativo, integrado por normas de rango superior y normas de rango inferior que deben, como condición de validez, sujetarse a aquellos principios superiores, la denominada "pirámide jurídica", tiene una más que cabal expresión en nuestro propio sistema constitucional.

La Constitución de 1853, que reconoce como una de sus fuentes directas a la Constitución de los E.E.U.U. de Norteamérica, incluye a diferencia de aquella una primera parte denominada "Declaraciones, derechos y garantías" y una segunda parte dedicada a la "Organización ". Esta crucial diferencia determinó que nuestro texto constitucional fuera, desde su propio origen, la expresión de un verdadero programa político.

La inclusión de aquella primera parte, que, reitero, no es ni más ni menos que un programa político, demostró su acierto ya que en los EEUU, pioneros en este campo, debieron a través de sucesiva enmiendas a su propio texto constitucional ir incorporando aquellos derechos y garantías que nuestra Ley Suprema incluía desde su origen mismo.

No fue sino una visión de futuro la de quienes diseñaron de tal forma ese plan político-institucional para el futuro de una nación que pugnaba por salir de años de anarquía y despotismo, de un territorio prácticamente desierto, que para desarrollarse y crecer necesitaba generar un marco de permanencia y estabilidad que garantizara a sus habitantes y, como reza el Preámbulo, a todos los hombres de buena voluntad que quisieran habitar en su territorio, un escenario favorable para el desarrollo de sus potencialidades.

No fue por casualidad, que la vigencia de ese programa político posibilitó el desarrollo del país y atrajo a su territorio a millones de inmigrantes que veían en la Argentina un nuevo y promisorio horizonte. Tampoco fue por casualidad que esa ininterrumpida onda de progreso comenzó a resquebrajarse a partir de la quiebra del orden constitucional que inauguró la seguidilla de interrupciones de la continuidad institucional.

La filiación de nuestra Constitución es claramente liberal, carácter que no ha perdido con las sucesiva reformas de su texto que implicaron,

en 1955, incorporar una cláusula relativa a los derechos civiles (art. 14 bis) y, en 1994, los llamados derechos difusos (art. 41).

Resulta particularmente interesante destacar cierto aspecto del texto constitucional que aún cuando parezca simplemente terminológico, encierra una verdadera definición del constituyente en cuanto a la posición del individuo frente a la sociedad, frente a sus congéneres, y la posición del mismo individuo frente a los poderes públicos. Me refiero a la distinción, en la parte programática, que los redactores del texto introdujeron al referirse bajo el mismo título a los "derechos" y a las "garantías", siendo que estas últimas son a su vez derechos.

La explicación de ello apunta a la idea de que se quiso reforzar el siguiente concepto: Los atributos que se aseguran a los particulares en el ámbito de su vida de relación pueden agruparse bajo el concepto de "derechos" y son los propios de un orden social y político de cuño liberal; mientras que aquellos derechos que se manifiestan de modo más intenso en las relaciones del individuo frente a los poderes públicos parecen asimilarse más al concepto de "garantías",

Haber enfatizado la condición de "garantías" parece indicar que se quiso remarcar que se trata de límites infranqueables que protegen a las personas frente a los desbordes del poder, cuyo solo ejercicio, aún delegado como derivación del principio de la soberanía del pueblo, suele generar una dinámica proclive a su concentración y a un ejercicio de ribetes no pocas veces autoritario.

Para concluir con esta breve reseña de los aspectos básicos y esenciales del orden constitucional, cabe referirse a su segunda parte, aquella que se ocupa de la organización del gobierno. Se advierte aquí de qué

modo el constituyente ha querido preservar el mismo principio relativo a la limitación del poder que se encuentra implícito en la forma representativa y republicana de gobierno que allí se adopta.

El principio de la división de poderes, el de los balances y contrapesos que es propio de aquella forma de gobierno que, vale la pena reiterar una vez más, deriva de la soberanía del pueblo, se traduce allí en un esquema funcional de gobierno según el cual el poder legislativo es ejercido por un congreso bicameral integrado por dos cuerpos, uno de ellos que es cámara iniciadora en materia de tributos, elegido directamente por el pueblo, y otro que, en el texto original de la Constitución, representaba a las provincias y que deriva directamente de la organización federal del país.

A su vez la administración general del país es ejercida por una presidencia unipersonal que, a tales efectos, está facultada para dictar las reglamentaciones necesarias para ello, quien no podrá por vía de esa reglamentación alterar su espíritu (sic del art. 99, inc. 2º, CN).

Finalmente, delega en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores, el ejercicio de las funciones judiciales de las cuales la más importante, tal vez, sea el control difuso de constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

Un verdadero mecanismo de relojería cuyo principal objetivo, una vez más, no es otro que el de evitar el riesgo de concentración del poder, las demasías y los autoritarismos por parte de quienes ejercen las funciones de gobierno pues hace mucho que, por lo menos en esta parte del mundo, el poder no es considerado un derecho de fuente divina sino como una delegación de los propios gobernados en quienes reside la soberanía.

No debe dejarse de lado el hecho de que las cláusulas de la Constitución, todas ellas, no son simplemente declarativas. Son plenamente operativas y su aplicación por parte de los jueces es independiente de la existencia de una ley que reglamente su ejercicio.

Cabría añadir para cerrar esta introducción, que a partir de la reforma de 1994 los tratados y convenciones que se mencionan en el art. 75 inciso 22, "tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Esta innovación al texto constitucional, particularmente en relación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha despejado toda posible duda o discusión respecto a si el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, o retroactividad benigna, tiene jerarquía constitucional. La cuestión ha quedado definitivamente zanjada.

Este dato adquiere decisiva relevancia en relación con el RPC pues según la posición que se adopte en cuanto a considerar si la norma integradora de una ley penal en blanco constituye o no derecho extrapenal, determinará si las modificaciones o reformas a la norma integradora en cuanto mejoren la posición del imputado, resultarán o no de aplicación retroactiva.

#### **SOBRE LAS LLAMADAS LEYES PENALES EN BLANCO**

No existe mayor dificultad en definir aquello que es conocido como legislación en blanco. Se trata de normas emanadas, como corresponde, del Congreso Nacional pero para cuya aplicación práctica

requiere ser complementada por normas de otro rango, decretos emanados del P.E. o simples resoluciones de algún órgano de la Administración Pública según lo que la misma ley prevea al respecto.

Ya desde antiguo, en una sentencia que se registra en Fallos 148:430, tuvo la Corte oportunidad de fijar el sentido de la facultad reglamentaria atribuida al Poder Ejecutivo, al señalar que se trata de la autoridad atribuida para reglar los "pormenores" y "detalles" necesarios para la ejecución de la ley.

Generalmente esta manera de legislar abarca materias respecto de las cuales solo parcialmente resulta posible establecer un régimen general en tanto algunos de sus aspectos abarcan extremos que queda deferidos a una norma integradora. Se trata, por lo general, de áreas de particular especialización o situaciones de hecho de naturaleza cambiante o simples aspectos de naturaleza operativa.

Se trata de una técnica que responde a necesidades específicas y, de hecho, cabría entender que en la medida en que las leyes emanadas del poder legislativo requieren para su efectiva aplicación la complementación de, por ejemplo, un decreto reglamentario, nos encontramos ante una legislación de este tipo que, de ninguna manera, configura una rareza pues como lo establece la propia CN es atribución del Poder Ejecutivo expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inciso 2).

Dicho sea de paso, esta regla refuerza a su vez el concepto de que, salvo muy limitadas excepciones, el Poder Ejecutivo carece de

facultades legislativas condición que, naturalmente, emana del principio republicano de la división de poderes.

Sin embargo, una situación muy distinta se presenta cuando enfrentamos el problema de las llamadas leyes penales en blanco, ya que la posibilidad de que el Congreso delegue potestades reglamentarias en materia penal configura hoy por hoy un debate abierto, no tanto en el campo de la doctrina, en el que calificadas opiniones se vuelcan por considerar que la normativa constitucional veda lisa y llanamente esta posibilidad, sino en el ámbito jurisprudencial, en el que esta facultad, a pesar de ciertos avances, sobre todo justamente en el caso de la retroactividad benigna, no ha sido rechazada.

Para adentrarnos en este debate parece necesario examinar mínimamente hasta donde puede el Congreso delegar o no sus facultades en la materia sin incurrir en agravio al texto constitucional.

La primera referencia sobre el particular remite al art. 75 CN donde se detallan las atribuciones del Congreso, y que en su inciso 12 lo faculta para dictar, entre otras, la legislación penal.

Así definida esta facultad cabe también examinar si esta atribución de facultades a favor del Congreso puede ser a su vez delegada por el cuerpo legislativo.

Sobre este particular el art. 76 CN es por demás taxativo cuando expresa que "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 la legislación que el Congreso establezca".

A su vez el art. 99, también de la Constitución Nacional, que regula las atribuciones acordadas al Poder Ejecutivo, señala en su inciso 2° que

"el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" lo que revela, nuevamente, la preocupación de nuestros constituyentes por establecer claros límites al ejercicio del poder a la vez que garantizar la vigencia del principio republicano de la división de poderes y para no dejar ninguna duda de ello fulmina como de absoluta e insanablemente nulo cualquier acto emanado del Ejecutivo que transgreda este claro límite a sus facultades.

Si bien a renglón seguido se ha añadido un parche a esta disposición a fin de contemplar el caso de los decretos de necesidad y urgencia, el texto de la CN reformada en 1994 señala que "solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta 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..." "

Recapitulando y por lo que hasta aquí llevamos visto, puede señalarse que:

a. El dictado de las leyes en general, y la legislación penal en particular, es atribución exclusiva e indelegable del Congreso.

b. La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, está prohibida, salvo que concurran estas circunstancias:

1. Que se trate de materias determinadas de administración o de emergencia pública.

2. Que lleve un plazo determinado para su ejercicio.

3. Que se limite a la delegación que el Congreso establezca.

## LA LEGISLACION PENAL CAMBIARIA

Entrando ya de lleno en el análisis del llamado Régimen Penal Cambiario, concretamente la ley 19.359 con todas sus reformas y actualizaciones, parece necesario analizar en primer lugar su validez constitucional, y, superado este punto, en qué medida tratándose de una ley en blanco, las normas integradoras que la complementan pueden ser consideradas "extrapenales" ya que de ello dependerá que se admitan o no ciertas consecuencias relativas a su aplicación al caso concreto, entre ellas la aplicabilidad del principio de retroactividad benigna que, como hemos visto, tiene hoy sin duda raigambre constitucional.

Ya adelanté la idea de que aún cuando no se discuta la validez de normas dictadas por el Congreso en uso de sus atribuciones y que esas normas sean de las llamadas "en blanco", es decir que su operatividad requiere el dictado de otras normas de rango inferior ya sea por la vía de decretos del Poder Ejecutivo, o resoluciones de órganos inferiores del propio Poder Ejecutivo o de otras agencias del gobierno, cuando la misma situación se presenta respecto de una norma de naturaleza penal, la situación genera dudas y controversias en más de un sentido.

La primera de ellas pasa por establecer si una norma de esas características puede considerarse constitucionalmente válida y, de serlo, si en su aplicación a casos concretos habrán de regir a su respecto los principios que son propios de cualquier otra norma de naturaleza penal.

La primera de las cuestiones planteadas, la de su validez constitucional, remite a la siguiente paradoja: Calificada doctrina considera constitucionalmente inválida una norma penal en blanco pues se trata de una

delegación de facultades en una materia que, como el dictado de la legislación penal, los constituyentes han reservado en exclusividad al Congreso.

Un ejemplo concreto sirve para ilustrar adecuadamente la cuestión: Supongamos que un exportado no ingresa en tiempo oportuno la contrapartida en divisas de una operación de exportación o, para el caso es lo mismo, no las liquida en los plazos que la reglamentación ha establecido para ello.

El inciso "e" del artículo 1° de la ley 19.359 establece que serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la ley "...toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidas por las normas en vigor", mientras que el justamente denostado inciso "f" somete a igual sanción "todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios".

A su vez, cierta normativa del Banco Central, que en virtud del art. 3° de su Carta Orgánica (Ley 24.144) está facultado para dictar normas reglamentarias en materia cambiaria, dispone, como de hecho ha sucedido, la obligación de ingresar y liquidar las divisas en plazos determinados".

Resulta menester, en el ejemplo elegido, definir el tipo penal, que por principio integra un catálogo discontinuo de ilicitudes (recordar el principio del "nulla pena sine previa lege"). Establecer si la conducta que merece la sanción conminada es solo la descrita en los señalados incisos de la ley 19.359, o, por el contrario, el ilícito consiste en haber ingresado/liquidado las divisas fuera del término establecido en la reglamentación.

La doctrina a la que me he referido precedentemente señalará, sin vacilación, que dado que el tipo penal requiere que todos los elementos de la conducta incriminada estén claramente definidos para

satisfacer el requisito de ley previa que exige el art. 18 CN, y considerando que parte de esa definición de la conducta sancionada surge de una norma que no ha sido dictada por el legislador, nos encontramos en presencia de una clara y definitiva violación de dicha regla constitucional que solo se satisface con una ley en sentido formal, dictada por el órgano competente para ello, que incluya en su texto todos los elementos de la conducta sancionada, pues de lo contrario integrándola del modo en que aparece en el ejemplo nos encontraremos frente a una forma de delegación que la propia Constitución prohíbe de la manera más enfática posible.

No se trata, como lo exige el art. 76 CN para habilitar la delegación legislativa, de una materia determinada de administración o de emergencia pública, ni tiene un plazo fijado para su ejercicio aún cuando el propio legislador haya fijado bases de delegación.

Sin embargo esta respuesta doctrinaria no encuentra eco en los fallos de nuestros tribunales, incluida la Corte Suprema, aún a pesar de una cierta evolución que se observa en esta particular materia particularmente en lo que respecta a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

No me ha sido posible encontrar fallos que declarasen contrarios a nuestro régimen constitucional el dictado de leyes penales en blanco y de haber alguno, debiera considerárselo una verdadera rareza.

Lo que se advierte, en cambio, es una marcada y uniforme tendencia a considerar las normas integradoras o bien como definidoras de meras cuestiones de hecho, o, sin negarles condición normativa, como normas de naturaleza extrapenal.

Resulta del caso, antes de formular algunos comentarios a los más relevantes antecedentes jurisprudenciales en la materia, detenernos un

instante para considerar un fenómeno que alguien, con singular lucidez, ha calificado como "inflación penal".

La sanción penal, según es sabido, es el último recurso al que apela el orden jurídico como respuesta a conductas de particular gravedad que ponen en riesgo o, lisa y llanamente, lesionan valores o bienes que las personas asumen como básicos, fundamentales, para preservar la paz y el orden en la vida social.

Alrededor de esta noción cobra vida el concepto de "bien jurídico protegido" o más modernamente el de "lesividad" como regla básica de interpretación para determinar hasta donde ha de llegar la respuesta penal que, como sabemos y por aplicación del principio "nulla pena sine previa legem" está constituido por un catálogo discontinuo de ilicitudes respecto del cual, y por aplicación del mismo principio, queda absolutamente vedada la aplicación de sanciones por vía de analogía.

Nuevamente encontramos aquí la mano del constituyente quien ha plasmado tales principios en los artículos 18 y 19 de la Constitución los que configuran una nueva valla a los avances del poder en detrimento de los ciudadanos y que difícilmente podrían haber sido expresados en términos de mayor lucidez: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

La definición del bien jurídico protegido, en materia penal, ha constituido desde siempre una pauta segura de interpretación para establecer, en un campo en el que la aplicación de sanciones por vía de analogía está vedada, donde poner el límite a la pretensión punitiva.

Si recorremos los distintos capítulos de la parte especial del Código Penal, encontraremos claros ejemplos de que la noción de bien jurídico

protegido está indisolublemente ligada a aquellos valores que la sociedad considera primordiales para el mantenimiento de la paz social o, en otras palabras, cuáles serán los criterios de lesividad que ameritan habilitar, como "ultima ratio" una sanción de naturaleza penal.

No se nos presentan mayores dificultades en reconocer que las figuras del homicidio están dirigidas a proteger la vida, o que las que reprimen el secuestro salvaguardando proteger la libertad ambulatoria, las penas impuestas para el delito de lesiones resguardan la integridad física de las personas, mientras que aquellas que conminan con pena el hurto, el robo o la defraudación, reconocen como bien a salvaguardar el que corresponde a la propiedad privada.

Otro tanto sucede con, por ejemplo, los delitos contra la salud, el orden institucional, la administración pública, la fe pública y así por el estilo.

Sin embargo, el avance de los poderes del Estado sobre campos tales como la economía y, particularmente en nuestro medio, mediante una desbordante actividad creadora de normas casi sin excepción de índole intervencionista y restrictiva y que con lamentable frecuencia responden a cambiantes criterios relativos a la conducción de determinados campos de la actividad humana que suelen acompañar cambios en la conducción de las políticas públicas generadoras de inestabilidad, inseguridad e incertidumbre en las decisiones que deben necesariamente adoptar los agentes económicos.

Así, el concepto de inflación penal que define con singular acierto las respuestas espasmódicas con que las agencias gubernamentales tratan de cubrir ya sea la ineficacia de su accionar mediante el tosco recurso de introducir nuevas figuras penales o agravar las penas de las ya existentes,

aparece también de manera avasalladora en el campo económico a través de regulaciones, inestables y cambiantes, lo que no solo es de por sí altamente indeseable, sino que, por añadidura y en no pocos casos, incorporan como elemento disuasorio la amenaza penal. La ley 19359 es un preclaro ejemplo de este fenómeno.

De resultas de este fenómeno los órganos del poder judicial fueron llamados a lidiar con los conflictos y situaciones que dieron origen a una singular rama del derecho penal: el llamado Derecho Penal Económico, y en virtud de los principios que gobiernan esta sub disciplina del derecho penal, se vieron enfrentados con la situación de aplicar sanciones derivadas de un sistema normativo que genera situaciones de crisis con garantías tales como la presunción de inocencia o la inversión de la carga de la prueba sin dejar de lado la presencia de imputaciones de naturaleza claramente objetiva en pugna con el principio de culpabilidad.

Fue así que apareció como bien jurídico a proteger aquel que se define como Orden Público Económico, que mas allá de tener todo el aspecto de una definición francamente tautológica resulta tan omnicomprendiva que lejos de representar un resguardo frente al riesgo de interpretaciones analógicas o extensivas poco añade en el sentido de aclarar cuáles son los bienes que buscan proteger las normas que integran esta rama del derecho represivo. Según se revise la historia reciente del país, el orden público económico admite en muy cortos períodos de tiempo una política de precios regulados u otra de amplia apertura y libertad de mercados, un sistema de rígido control de cambios como otro de libre disponibilidad de divisas y así por el estilo.

Hubo esfuerzos para acotar de un modo más razonable la definición de un bien jurídico que así expresado se presta para cualquier cosa, y

así en el plano cambiario y con relación expresa al régimen de la ley 19.359 se ha propuesto ceñir su alcance al de ejercicio del debido control de tráfico de divisas, a la preservación de la balanza de pagos y aún al valor de la moneda.

Sin embargo es en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia donde finalmente se encuentra una guía mucho más ajustada, tal vez por vía indirecta, de cuál deba ser considerado el campo de aplicación de la normativa penal cambiaria. Esta manera de definir el bien jurídico protegido no hace más que desnaturalizar el concepto, pues como ya hemos visto la guía que esa definición suministra tiende a acotar el ámbito de punición antes que a ampliarlo, condición que no cumplen conceptos tan genéricos como inasibles.

En un fallo para nada reciente el alto tribunal señaló que el ámbito de aplicación de la normativa en cuestión debe tratarse de operaciones de cambio en su acepción técnica sin que quepa aplicar una sanción cambiaria sobre la base de una infracción o una reglamentación no cambiaria (in re "Esterlina" 318:207).

Si, como señala Gerscovich ("Derecho Económico Cambiario y Penal" p. 159) "operación de cambio es el traspaso de divisas, primordialmente incluida la divisa extranjera y siempre por moneda nacional", ninguna conducta que se manifieste fuera de ese preciso ámbito debiera resultar alcanzada por las sanciones que prevé la ley 19.359. Ni la falta de ingresos de divisas, ni el ingreso tardío, ni la omisión de liquidar, o la liquidación tardía.

Y dado que todas estas conductas surgen no de la norma básica sino de la norma integradora, resulta en este punto útil efectuar un repaso sobre los distintos cambios que se han operado en la jurisprudencia de la Corte por ser éste tribunal quien, a la postre ejerce el control último de

constitucionalidad cuando, como en el caso que nos ocupa, está en juego la inteligencia de una ley de carácter federal.

Tal análisis puede a su vez encarar dos cuestiones: la primera de ellas es la relativa a la admisión como constitucionalmente válidas de las leyes penales en blanco; la segunda atañe a la aplicabilidad o no del principio de la aplicación retroactiva de la ley más benigna en el ámbito de la normativa penal cambiaria.

No se registra, o al menos si existe no me ha sido posible ubicarla, jurisprudencia que fulmine la validez de las normas penales en blanco. Los argumentos para sostener esa validez son simples: Se trata de recursos legales cuya utilidad deriva del hecho de que deben atrapar situaciones que por su propia naturaleza resultan cambiantes, situación que se verifica particularmente en el ámbito de las relaciones económicas; por otro lado el núcleo de la ilicitud debe ser ubicada en la norma básica a cuyo respecto las normas integradoras han de ser consideradas como que remiten a simples cuestiones de hecho o que, finalmente, son de naturaleza extrapenal.

Aún cuando, como en "Yaguané" (Fallos 293:552), la Corte eximió de sanción a un frigorífico que, en época de veda de consumo de carne vacuna durante dos días a la semana, faenó fuera del horario establecido para ello, no lo hizo declarando la invalidez ni de la norma básica ni de la integradora, sino apelando al argumento de que la reglamentación, precisamente modificada durante el trámite del recurso, se había mostrado de cumplimiento imposible para el supuesto infractor. Es decir, aplicó simplemente un criterio de razonabilidad pero sin atacar el régimen normativo en sí mismo.

También se han rehusado los jueces a reconocer validez en este campo al principio de la retroactividad benigna, para lo cual han sostenido

que dado que este tipo de normas tiene por objeto sancionar ilícitos que se verifican en un ámbito de permanente y frecuente mutación, otorgar efecto desincriminatorio a regulaciones integradoras que reduzcan o supriman la sanción por determinado hecho cometido con anterioridad a la reforma.

En ese mismo precedente se sostuvo que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna no se aplica en aquellos casos en los que la norma que tipifica el delito mantiene su vigor y solo varían los reglamentos a los que remite el tipo penal. Se advierte que para llegar a tal conclusión se adoptó como criterio el de que las normas integradoras en este tipo de legislación no integra la figura penal.

Otro aspecto relativo a esta misma cuestión que debió ser materia de análisis y decisión es el atinente a la aplicabilidad del art. 2 del Código Penal, conforme con el cual si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna, regla éste que conforme al art. 4 resulta aplicable a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieran lo contrario.

Para superar este escollo y denegar la aplicación de la retroactividad benigna en los casos de leyes penales en blanco, la doctrina que aplicó la Corte fue la de que la garantía del art. 2º CP no tenía rango constitucional sino tan solo legal, de modo tal si la norma básica a ser integrada vedara, aún de modo implícito, la aplicación de la regla, esta podía ser dejada de lado.

Así, en "Maskivker" (211:443), se sostuvo que la modificación de las normas que completan la ley en blanco no configura un régimen más

benigno si no traduce un criterio legislativo de mayor lenidad en orden a la infracción cometida.

En la misma línea, se consideró que en un campo de naturaleza esencialmente dinámica y mutante como es el de las transacciones económicas aceptar el principio de la retroactividad benigna cuando este emana tan solo de la norma integradora, implicaría tanto como privarla de todo efecto en la medida en que durante el lapso que demanda el juzgamiento de las conductas consideradas infractoras se produjeran modificaciones que redujeran o directamente suprimieran la posibilidad de punición derivadas de cambios en la norma integradora.

Adicionalmente, y en lo que específicamente concierne a la ley 19.359, es de advertir que su artículo 20 expresamente excluye la aplicación de la norma del mencionado art. 2 CP cuando se trate de la aplicación de la pena de multa.

Claro está que a partir de la reforma de 1994 y con la incorporación al texto constitucional del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no resulta ya posible desconocerle al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna la calidad de garantía de rango constitucional habiendo así quedado zanjada esta cuestión de manera definitiva.

La discusión subsiste, por el contrario, en la medida en que se sostenga la idea de que el tipo penal se conforma únicamente con la definición que del mismo trae la ley especial independientemente de los cambios que se verifiquen en las cambiantes normas complementarias. Así, por ejemplo, el delito no consistiría en haber liquidado divisas fuera del término fijado

en una Comunicación del BCRA, sino tan solo en haberlo hecho fuera de los plazos establecidos en las normas en vigor (ley 19.359, art. 1º, inciso "e").

Un avance significativo en el sentido correcto se produjo a través de los votos en que fundó su disidencia la minoría en un caso resuelto en 1998 ("Ayerza" 321:824), y que posteriormente se convirtiera en la doctrina hoy vigente de la Suprema Corte. El análisis de su contenido y sus consecuencias de orden práctico requieren una clarificación previa de ciertos conceptos que habitualmente acompañan la doctrina de la legislación penal en blanco y que se refiere a las leyes de emergencia o transitorias.

Es común que se identifique, erróneamente a criterio de parte de la doctrina (v. De Luca, "Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional"), los conceptos de leyes transitorias o de emergencia con la mutabilidad que se supone es inherente a la legislación que rige en materia económica y ello en orden a afirmar la ultra actividad de estas últimas por asimilación con las primeras.

Nuevamente un ejemplo servirá para ilustrar el punto. Imaginemos que en el marco de una epidemia, el Congreso sancione una ley declarando una emergencia sanitaria y estableciendo graves penas, entre otras conductas, a las de quienes acaparen cierto tipo de medicamentos y las comercialicen en el mercado negro, delegando en las autoridades sanitarias la facultad de establecer tanto la lista de medicamentos alcanzados por la norma como la determinación del momento en que será declarada la finalización de la emergencia sanitaria.

Se trata, claramente, de una ley transitoria y de emergencia pues está destinada a regir solo mientras subsistan las circunstancias que motivaron su dictado; se trata también de una ley penal en blanco pues la

aplicación de las sanciones que allí se prevén queda deferida a la determinación de cuáles son las drogas cuyo acaparamiento conspira contra una eficaz lucha contra el flagelo y durante todo el plazo que abarque la epidemia, extremos ambos cuya determinación la propia ley delega en el Poder Ejecutivo.

Parece difícilmente discutible que una ley de estas características, que participa de los caracteres propios de las llamadas leyes penales en blanco, habrá de tener efecto ultra activo respecto de aquellos que, durante su vigencia hayan incurrido en alguna de las conductas sancionadas, pues la sociedad sin duda considerará que se trata de una conducta fuertemente antisocial merecedora de castigo, aún cuando la imposición de la pena ocurra luego de haberse superado la situación de emergencia que motivó su dictado.

La razón de ello es que el disvalor que implica una conducta tal no se agota por el hecho de que la situación de emergencia haya sido superada, o dicho en otros términos, no se verifica en el caso una mutación en la valoración social de resultas de la cual deje de considerarse fuertemente desaprobada la actitud de quien, en medio de una epidemia, se dedica a especular en el mercado negro con las drogas necesarias para erradicar el flagelo.

Comparemos ahora esa imaginaria ley de emergencia con la ley 19.359 y advertiremos las siguientes singularidades:

a. La ley 19.359 no es ni ha sido dictada como una ley de emergencia destinada a regir durante un período determinado o fácilmente determinable.

b. La determinación de las circunstancias concretas necesarias para su efectiva aplicación a casos concretos depende de actos

regulatorios que tendrán como razón de ser la particular valoración no ya de la sociedad en su conjunto, sino de la visión de los funcionarios encargados de elaborar la normativa integradora y su adhesión a determinada política cambiaria.

Es decir que la temporalidad de las normas integradoras, o la mutabilidad de los criterios que determinen su particular contenido resultan ya no de la repulsa social que pueda o no merecer determinada conducta, sino de particulares criterios de oportunidad y conveniencia. Es decir que en este último caso lo que ha variado no es la situación de emergencia sino la traducción práctica que de ella lleven a cabo uno o más funcionarios de la administración pública.

Podemos aún ir un paso más adelante y aceptar como válido el criterio que, en vistas de circunstancias y realidades específicas se considere necesario para el mantenimiento del orden social, en sus aspectos económicos, que la libre disponibilidad de las divisas provenientes de la exportación de mercaderías quede fuertemente limitada o aún directamente suprimida bajo pena de sanción.

No parece que el orden público económico, sea lo que fuere que este errático concepto signifique, o el debido control de las transacciones cambiarias, o la defensa del valor de la moneda, o el tráfico de divisas, entendidos como el bien jurídico tutelado mediante la amenaza de punición, pueda sufrir un demérito cada vez que se detecta que un exportador ingresó algunos miles de dólares dos días más tarde del plazo fijado para ello por la reglamentación que actúa como norma integradora.

En este punto conviene nuevamente acudir al concepto de lesividad a través del cual estaremos en condiciones de establecer bajo qué

condiciones en materia penal cambiaria resultará aplicable el principio constitucional de la retroactividad benigna.

A eso apunta el voto minoritario en el mencionado caso Ayerza. Allí, con una ligera diferencia de matices, se sostuvo la aplicabilidad al caso concreto, de la ley penal más benigna con efecto retroactivo. Vale la pena detenerse en este punto pues aunque esa diferencia pudiera no haber influido en la solución propuesta por el voto de minoría en "Ayerza", como tampoco influyó posteriormente en "Cristalux" (CSJN 11:04:06), dado que esa interpretación es a partir de este último fallo la doctrina vigente de la Corte, precisar en qué aspecto difirieron ambos voto de minoría puede eventualmente llegar a tener importancia en futuros casos que se presenten a decisión de la misma Corte.

Ambos votos minoritarios estuvieron de acuerdo en cual debía ser la solución aplicable al caso, pero mientras que para el Dr. Petracchi la norma complementaria puede o no ser de carácter permanente, lo relevante en el caso es que el cambio de valoración que conducía a la aplicación retroactiva de la ley más benigna afectaba, o, mejor dicho, derogaba, una norma permanente.

Por el contrario, el restante voto en disidencia suscripto por los Dres. Fayt, Boggiano y Bossert, parece inclinarse más por considerar que la norma extrapenal es **siempre** de carácter transitorio y por lo tanto no admite, en principio, la aplicación retroactiva de la ley más benigna. Pero que en el caso cabía hacer excepción a dicho principio pues lo que se verificaba era un cambio sustancial en el modo de valorar la conducta incriminada.

Sin embargo pareciera ser que el eje de la cuestión, como ha sido sostenido con acierto en un comentario de María Fernanda Prack al fallo "Cristalux", debe centrarse en los motivos a que obedece la modificación,

independientemente de que la ley integradora sea transitoria o permanente, pues si la modificación –señala la autora del comentario- se debe esencialmente a un cambio de circunstancias no afectará la necesidad de pena para el hecho cometido en las circunstancias anteriores, mientras que si expresa un cambio valorativo, la consecuencia será que la pena ya no es necesaria.

Sin embargo, otro enfoque es posible para poner algo de luz en esta particular problemática. Se trata de establecer qué elementos debe reunir la ley penal en blanco de modo de no vulnerar la prohibición constitucionalmente establecida que asigna al Congreso la exclusividad para dictar este tipo de normas, y cuál habrá de ser el contenido de la norma integradora de forma tal que el mismo principio se mantenga incólume.

La respuesta en el plano de la dogmática penal, sería que la ley penal en blanco requiere, como condición de validez, que la totalidad de los elementos nucleares que hacen a la descripción del hecho sometido a punición están contenidos en ella para cumplir con el requisito de la existencia previa de una ley en sentido formal que surge del art. 18 CN.

En cuanto a la norma integradora, por su parte, deberá limitarse a definir aspectos meramente reglamentarios o aspectos de hecho que, por su naturaleza mudable y cambiante no son posibles de ser previstas por el legislador, independientemente del hecho de que estas últimas sean transitorias, temporarias o permanentes.

Bajo ese punto de vista, y solo bajo ese punto de vista, resultaría correcto calificar a las normas integradoras como normas extrapenales que no obstarían a la aplicación del principio de la retroactividad benigna si una modificación ulterior a la comisión del hecho inicialmente considerado como

disvalioso implica un cambio no solo de índole simplemente formal o circunstancial, sino un cambio de valoración.

Va de suyo que pueden presentarse, aún bajo este prisma, zonas grises y de difícil solución pues no siempre resultará suficientemente claro si un determinado aspecto de la norma integradora invade indebidamente zonas reservadas al poder legislador o introduce determinados elementos que por afectar la estructura misma de la figura penal, debe necesariamente ser considerado como un dato que integra el tipo penal por constituir un elemento esencial o nuclear del mismo.

En esos supuestos, la labor del intérprete se verá facilitada a través de la aplicación de criterios de interpretación que surgen, más que de la técnica jurídica, de la propia necesidad de respetar los límites establecidos por el constituyente, que, entre otros, vedan la aplicación de la analogía en materia penal e impiden, en caso de duda u oscuridad, interpretar las normas de esa naturaleza en perjuicio del imputado.