

La ley penal cambiaria y las operaciones con títulos valores (o de contado con liquidación)

POR MANUEL BECCAR VARELA y DIEGO SEITÚN

Sumario: I. La operatoria cuestionada. A propósito de las operaciones con títulos valores en la actualidad y su evolución. II. Análisis de la relevancia jurídico-penal de las operaciones cuestionadas. III. Palabras finales.

El pasado 16 de mayo de 2012, se conoció el fallo del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n°8 que condenó a un Banco y a cuatro de sus Gerentes por infracciones a la ley penal cambiaria (LPC) —19.359—, imputándoseles la comisión de operaciones con títulos valores —conocidas en el mercado como de “contado con liquidación”—, durante el año 2005. (1) El fallo en cuestión, que fuera publicado en el Diario La Ley de fecha 11 de Julio pasado, resulta sumamente novedoso, porque se trata del primer pronunciamiento, del que tengamos conocimiento, que encuadró este tipo de operaciones financieras como operaciones cambiarias, considerándolas así susceptibles de las sanciones previstas por la LPC. Recuérdese que fue recién a finales de 2008 que el Banco Central de la República Argentina (BCRA) reglamentó estas operaciones de compra y venta de títulos valores, por lo que existía una laguna normativa en la materia. (2) En la actualidad existen varios sumarios por infracción a la ley penal cambiaria en trámite ante el BCRA o ya elevados a la Justicia Nacional en lo Penal Económico (o Federal en el interior),

pendientes de resolución. Si bien la sentencia no se encuentra firme, interesa analizar la cuestión para valorar si las operaciones cuestionadas tienen o no relevancia jurídica-penal, y, en caso de aceptarse ello, si su sanción puede ser entendida como respetuosa de los principios fundamentales que rigen la materia.

I. La operatoria cuestionada. A propósito de las operaciones con títulos valores en la actualidad y su evolución.

En términos generales y comprensibles, la llamada operatoria de “contado con liquidación” consistiría en la venta por parte de una entidad financiera de “títulos” de cartera propia a un tercero quien, en contraprestación a la entrega de dichos títulos, paga el precio a través de una transferencia de dinero a un corresponsal de la entidad Bancaria en el exterior. En forma simultánea, la entidad financiera que había vendido los títulos, los recompra al mismo “tercero” liquidando la operación con crédito en una cuenta de éste cliente, abierta en el mercado local.

De la misma forma, pero en sentido inverso, la entidad financiera vende títulos de su propia cartera a un cliente contra débito en una cuenta bancaria local en pesos y, simultáneamente, la entidad recompra los mismos títulos al mismo cliente, transfiriendo fondos en moneda extranjera desde su corresponsal en el extranjero a una cuenta del cliente —o de un tercero—, abierta en una entidad en el exterior. Generalmente, como es el caso bajo análisis, estas operaciones se concretan en un mismo momento o, prácticamente, sin intervalo temporal.

Más allá de las consideraciones que a continuación realizaremos sobre la operatoria de “contado con liquidación” en términos jurídico penales, lo

(1) “BBVA Banco Francés y otros s/ infracción ley 24.144 (Adla, LII-D, 3892)” (causa 482/2009). Si bien el fallo no se encuentra firme, el mismo tuvo alta repercusión en los medios de comunicación. A título de ejemplo puede verse su tratamiento en la agencia Telam —<http://www.telam.com.ar/nota/29353/>—; Página 12 —<http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-197058-2012-06-23.html>—; Clarín —http://www.leco.clarin.com/empresas/Multan-Banco-Frances-operaciones-contado_0_723527904.html—; y en El Cronista Comercial —<http://www.cronista.com/finanzasmercados/Multan-a-un-banco-por-operar-el-contado-con-liqui-20120626-0023.html>— (en todos los casos, última visita 11/07/2012).

(2) Sobre el concepto y clasificación de las lagunas en Derecho, véase Montiel, Juan Pablo, Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal, Ibañez, Bogotá 2011, pp. 220-225.

cierto es que en la práctica esta modalidad, en principio, "legítima por no estar prohibida" (3) de operación financiera comenzó a ser utilizada por el público en general en virtud de las ventajas que le significaban a los clientes para ingresar o egresar divisas del país según el caso y eventualmente poder obtener ventajas sobre el tipo de cambio aplicable. Tratándose de una operación financiera legalmente admitida y abiertamente realizada frente a las autoridades nacionales de control que la admitían sin cuestionamientos, fue ganando adeptos, adquiriendo un volumen importante en el mercado financiero. (4)

Fue con motivo del comienzo de una reiteración en la herramienta financiera utilizada, y una desnaturalización del sentido propio de la compra venta de títulos que exigía atesoramiento, que en el año 2006 que el BCRA intervino en la cuestión, emitiendo dos comunicados de prensa, (5) que si bien no constituyeron normativa de fondo en sí, que tampoco resultaron del todo claros, lo cierto es que informaron acerca de la interpretación que el BCRA tenía sobre el tema. En resumen, el BCRA interpretó —bajo estos documentos— que aquellas transacciones en donde se realizara la compra venta de títulos valores en forma simultánea y como "unidad inescindible", con el objetivo de eludir la normativa cambiaria sobre transferencias de fondos, podían estar sujetas a las normas de la Ley Penal Cambiaria.

Hasta ese momento, sólo existía jurisprudencia relevante en dos casos similares pero que no implicaron en sí operaciones de "contado con

liquidación". (6) En los mismos, las autoridades judiciales rechazaron las imputaciones por considerar que, o bien no existieron operaciones cambiarias, o que las conductas desarrolladas bajo las mismas no estuvieron tipificadas como violatorias de la LPC.

Continuando con el tratamiento administrativo que se le daba a la cuestión hacia finales del año 2008, (7) el BCRA emitió las Comunicaciones "A" 4.864 (8) y 4.882. (9) En resumen, en estas regulaciones el BCRA estableció que el acceso al Mercado de Cambios por las entidades financieras para la compra y venta de títulos valores en mercados regulados, por transacciones propias o cuando actúan por terceros —*fuera de estos residentes o no residentes*—, estarán sujetas a la previa autorización del BCRA cuando no fuera posible demostrar que los títulos valores vendidos a través de la Operatoria con Títulos Valores permanecieron en el patrimonio del vendedor por lo menos tres días hábiles. Se dispone que este plazo debe contarse a partir de la fecha de liquidación de la transacción previa, es decir desde la operación en virtud de la cual se incorporaron los títulos valores al portfolio del vendedor. El BCRA, sin prohibir puntualmente las operaciones de compra venta de títulos, a través de estas circulares regularizó y estableció un plazo mínimo de 3 días para la tenencia de los títulos, evitando de esta forma la "simultaneidad" que se le estaba dando en la práctica.

Ahora bien, como las Comunicaciones "A" 4.864 y 4.882 son aplicables sólo a entidades alcanzadas

(3) No puede perderse de vista lo dispuesto por el art. 21 de la ley 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121) que dispone: "Los Bancos comerciales podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no les sean prohibidas por la presente Ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el BCRA en ejercicio de sus facultades".

(4) Esta operación encuentra antecedentes en la denominada "cláusula Bonex", utilizada con bastante frecuencia en la mecánica contractual en la década de 1980, por medio de la cual una de las partes, ante la hipotética imposibilidad de entregar dólares estadounidenses, se obligaba a entregar una cantidad de bonos que luego de ser negociados en un Mercado en el exterior significasen un producido en dólares —neto de gastos, impuestos, tasas y comisiones— igual a la suma adeudada.

(5) Comunicados 48.496 y 48.498 del 21/3/06 y 22/3/06 respectivamente.

(6) Nos referimos al caso "Esterlina S.A." de la CSJN, 23/10/1994, LAJY 1995-D, 507 y al precedente del Juzgado Nacional Penal Económico Nro. 2, "Bank of America National Association (Sucursal Argentina) y otros s/ infracción Ley 19.359 (Adla, XXXII-A, 2)"; Causa 1.842/2004 (2858).

(7) No puede omitirse al menos la referencia a la Comunicación "A" 4308, del 04/03/2005, como norma general, que regulaba la compra y venta de títulos valores, por parte de las entidades financieras, en Bolsas y Mercados de Valores autorregulados, estableciendo límites máximos —5% de la Responsabilidad patrimonial computable, en los últimos tres meses calendario—. Se trataba de una norma de carácter financiero, emitida por el BCRA en virtud de ser la autoridad de aplicación de la ley de entidades financieras 21.526 y no de una norma cambiaria. Dicho de otro modo, la Comunicación, resultó una forma de controlar el patrimonio de las entidades antes que una reglamentación de operaciones de cambio.

(8) 03/11/2008.

(9) 05/12/2008.

por la ley 21.526, y teniendo en consideración que el objetivo del BCRA y de la Comisión Nacional de Valores (CNV) sería el de imponer este tipo de controles a todas las posibles transacciones con títulos valores, (10) también la CNV emitió la Resolución 551/2009, (11) extendiendo la aplicación de lo dispuesto en las comentadas regulaciones del BCRA a las entidades sujetas a su control. (12)

En este mismo sentido, a partir de la entrada en vigencia de la Comunicación "A" 4.950, es decir, del 28 de mayo de 2009, el BCRA limitó el empleo de las denominadas "*divisas de libre disponibilidad*" para la adquisición de títulos valores en ofertas secundarias dentro de cierto plazo. Esta norma fue derogada y reemplazada por la Comunicación "A" 5.126, (13) que mantuvo la misma restricción, estableciendo en su Punto 4.2.2 que la compra de moneda extranjera en la cual no se precise una aplicación posterior específica es posible cuando (entre otras cuestiones): "*Los fondos comprados no estén destinados a la compra en el mercado secundario de títulos y valores emitidos por residentes o representativos de éstos, o emitidos por no residentes con negociación en el país. A tal efecto se entenderá que se requiere la conformidad previa cuando dicho destino se concrete en forma directa o indirecta con una liquidación*

de la compra de los valores dentro de los 20 días hábiles siguientes a la fecha de acceso al mercado local de cambios". Debe aclararse, finalmente, que esta última disposición fue recientemente suspendida por la Comunicación "A" 5318 del 05 de julio de 2012. (14)

A partir de este resumen del estado de la reglamentación, los problemas comenzaron con la interpretación que el BCRA mantuvo sobre este tipo de operaciones financieras, realizadas con anterioridad al mes de noviembre de 2008, ya que a su entender —*antecedente plasmado en varios sumarios en trámite*— el "contado con liquidación" en realidad encubre una operatoria de cambios que se encuentra tipificada en la Ley Penal Cambiaria.

No puede perderse de vista la relevancia de la incidencia de la interpretación del BCRA y eventualmente de los tribunales penales que deban analizar las imputaciones, toda vez que la LPC establece sanciones de índole penal que van desde inhabilitaciones para operar en cambios, —*sólo como medidas precautorias utilizadas por el BCRA en casos de falta de comparecencia y/o de incumplimiento de requerimientos de información*—, pasando por multas de hasta 10 veces el monto de la infracción, para llegar al límite de una pena de prisión de hasta dos años en casos de reincidencia "*con sentencia firme*". La LPC establece que las sanciones enumeradas son aplicables conjuntamente a la persona jurídica y a las personas físicas que cometieron la infracción. Asimismo, otras sanciones son impuestas por la CNV, en caso de evidenciarse una transgresión a las normas emitidas por este organismo.

A modo de conclusión preliminar, en términos administrativos o regulatorios queda claro que la operación financiera de contado con liquidación estaba permitida abiertamente hasta finales del año 2008 ya que no existía ninguna prohibición concreta al respecto, siendo que a partir de aquella época fue regulada específicamente por el BCRA, estableciendo plazos específicos mínimos de tenencia de los títulos para evitar la simultaneidad —*3 días, 20 días*— y requisitos puntuales pero,

(10) Tal como se establece en los considerandos de esta Resolución, por ejemplo: "Que tanto la normativa dictada por la COMISION como por el BCRA —en ejercicio de sus respectivas funciones— tienen como objetivo principal limitar las posibilidades de eludir las regulaciones cambiarias por parte de terceros que utilicen el mercado de capitales como mecanismo para el egreso o ingreso de divisas al país, sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa cambiaria, como fue descripto en el Comunicado N° 48.496 del 21 de marzo de 2006, manteniendo la posibilidad de que las entidades financieras operen en la intermediación de valores negociables transados en moneda extranjera con objetivos de inversión".

(11) Sancionada el 19/02/2009. BO 24/02/2009.

(12) En cumplimiento de la Resolución 551/2009 de la CNV, similar marco normativo ha sido impuesto por el Mercado Abierto Electrónico (MAE) en su Circular 87/2009, del 24/02/2009.

(13) En resumen, en su texto original esta norma establecía que se requiere la previa autorización del BCRA a fin de adquirir divisas "[...] cuando los fondos comprados estén destinados a la compra en el mercado secundario de títulos y valores emitidos por residentes o representativos de éstos, y dicho destino se concrete en forma directa o indirecta con una liquidación de la compra de los valores dentro de los 20 días hábiles siguientes [...]".

(14) La Comunicación "A" 5126 había sido ya modificada por la 5198 (l.e.), del 04/04/2011. A su vez esta última había sido alterada nuevamente por la 5236, del 27/10/2011. De aquí que la reciente Comunicación 5318 suspende la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2 de la 5236.

en ningún caso, prohibiéndola como operación financiera propiamente dicha. Para que quede claro, esta operatoria nunca estuvo prohibida, siendo regulada su legitimidad hacia fines de 2008 por el BCRA.

Esta realidad, abre diversos caminos desde el punto de vista del análisis del derecho penal y, tal como puede anticiparse del reciente fallo mencionado contra el BBVA Banco Francés que concluyó con una condena contra la persona jurídica y contra las personas físicas —siendo la primera sentencia conocida que decide el “fondo” de la cuestión—.

II. Análisis de la relevancia jurídico-penal de las operaciones cuestionadas.

Como se ha visto en el resumen anterior, el BCRA reguló específicamente las operaciones denominadas de contado con liquidación a partir de fines del año 2008. Hasta ese momento, no había consenso sobre si se traba de operaciones inmersas en el Mercado de Cambios y, en función de ello si le eran aplicables las normas del Régimen Penal Cambiario. En este sentido, si bien el BCRA había efectuado una interpretación del asunto a partir de diversos comunicados de prensa, estos, al no constituir verdaderos reglamentos administrativos, no podían ser considerados reglamentarios de la ley penal cambiaria. (15) Por otro lado, como se vio, existían precedentes jurisprudenciales que permitían inclinarse por la interpretación de que no se trataban de operaciones de cambio.

Creemos que el análisis correcto de la cuestión para por decidir, primero, si se trata de opera-

ciones de cambio en sentido estricto (16) y, si en caso de responderse afirmativamente este interrogante, si su sanción es respetuosa de los principios constitucionales de legalidad y reserva. En estos dos puntos se centrarán las conclusiones de este trabajo.

II.1) Sobre el concepto y naturaleza de las operaciones cambiarias. (17)

Existen diferentes conceptos para las operaciones de cambio, las que tratan sobre transacciones de títulos de crédito, donde es el crédito el principal motivo del negocio; las relacionadas con operaciones aduaneras de compraventa internacional de mercaderías, donde son las mercaderías las que constituyen el objeto de las transacciones; y las referidas al cambio de moneda. Teniendo en cuenta las diferencias apuntadas, en concepto jurídico monetario, *“la operación de cambio es entonces, más delimitadamente, el traspaso de divisas, primordialmente incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional”*. (18)

Las operaciones de cambio, reguladas bajo el régimen argentino son las denominadas *“de contado”*, (19) donde las partes intercambian sus monedas sin continuidad en el tiempo, y *“a término”*, (20) cuando existe un acuerdo anticipado del tipo de cambio al cual debe liquidarse la transacción en cierto tiempo futuro. Por otro lado, todas las transacciones cambiarias tienen un *“cierre de cambio”*. *“La materialización del cierre de cambio constituye el momento clave del finiquito de la operación cambiaria, productor de consecuencias*

(16) El fallo del BBVA Banco Francés inicia sus fundamentos, destacando que para resolver el conflicto debe primeramente definirse la naturaleza de las conductas imputadas, esto es si se tratan o no de operaciones cambiarias relativas al Mercado de Cambios o bien resultan operaciones propias del Mercado Abierto Electrónico. Sin embargo, de sus fundamentos no pueden advertirse los motivos que hayan inclinado la sentencia para la consideración como operaciones de cambio, como finalmente sucedió. Por el contrario, la resolución en este sentido, se limitó a remitirse a los dictámenes elaborados desde la Gerencia de asuntos contenciosos del BCRA sin transcribirlos ni valorarlos.

(17) Este capítulo fue sugerido y bosquejado por Pablo Torretta, quien revisó además el artículo y efectuó numerosas sugerencias.

(18) GERSCOVICH, Carlos G. Derecho Económico Cambiario y penal. Lexis Nexis 2006, p. 159.

(19) BCRA, Comunicación “A” 3.471 y conc.

(20) BCRA, Comunicación “A” 4.285 y conc.

(15) Respecto de la “naturaleza jurídica” del “comunicado de prensa” del BCRA, se trataría de un “acto de alcance general no normativo”, de lo que deriva que —al no integrarse al ordenamiento— no puede ser “fuente jurídica” de derechos y obligaciones, lo que sí ocurre con los “actos de alcance general normativos” comúnmente llamados “reglamentos” (en el caso, “Comunicaciones” del BCRA). Tal como se sostiene desde la doctrina administrativa, mientras el acto normativo se incorpora al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, el que no reúne esa condición se agota con su cumplimiento, consumiéndose con su aplicación; cfr. COMADIRA, Julio, ESCOLA, Héctor y COMADIRA, Julio P., Curso de Derecho Administrativo, t. I, Abeledo Perrot, 2012, p. 394. De aquí la evidencia de que los comunicados de prensa no puedan ser integrados con la LPC como normativa cambiaria vigente y aplicable.

concretas, negociales regulares (irrevocabilidad) y penales, en su caso (autoría y consumación de un ilícito cambiario). Se procede a él mediante instrucción expresa del cliente, documentándose y generalmente acreditándose o debitándose el importe correspondiente a la liquidación de la moneda extranjera o la divisa, en moneda nacional". (21)

Dado el concepto, por consecuencia pueden excluirse las siguientes hipótesis de cambio, que no resultan abarcadas por su acepción técnica: (i) De moneda nacional por bienes en sentido económico o jurídico, por cuanto implicarían compraventas comerciales regidas por el derecho común; (ii) De monedas nacionales entre sí, es decir se cambia dinero por más dinero de curso legal nacional (i.e. billetes de mayor valor por otros de menor denominación); (iii) De monedas extranjeras por tales bienes y en iguales sentidos (aparte de la moneda nacional), y asimilarse aquéllas a ésta, al configurar esos contratos (i.e. una compraventa de mercadería pagada en moneda extranjera); (iv) De monedas extranjeras o de éstas con divisas entre sí (incluyendo el canje de moneda extranjera-billete por moneda extranjera-transferencia), porque constituyen una permuta o "arbitraje" que se encuentra fuera de una operación de cambio; (v) De títulos de crédito, valores negociables o circulatorios, por no ser dinero ni medios de pago comprendidos en esa categoría (i.e. cheques, títulos de deuda, acciones, etc.).

Es muy importante remarcar entonces que no podrá hablarse de operaciones de cambio en la medida en que el objeto de las transacciones cuestionadas no sea el intercambio de una determinada moneda extranjera, contra moneda nacional. El Inciso (b) del Artículo 1 de la LPC sanciona toda operación de cambio que no haya sido autorizada al efecto. Ahora bien, si la operatoria bajo análisis no involucra transacciones de cambio, dado que se transaron títulos valores, no monedas, en consecuencia, este tipo de transacciones no pueden ser tratadas como conductas sancionables, ya que excede el tipo penal delimitado por el Congreso Nacional al momento de haber aprobado la LPC, tal como se explicará en el punto siguiente.

Al respecto entendemos aplicable lo argumentado por la Corte Suprema en su fallo

(21) Gerscovich, Carlos G. Derecho Económico Cambiario y penal, LexisNexis 2006, p. 163.

Esterlina, (22) en el cual ha entendido que para que se trate de actividades reprimidas por la LPC las mismas deben constituir operaciones de cambio en su acepción técnica, o bien otro tipo de negociaciones que, aunque no reúnan tales características, se incluyan por disposición expresa de la normativa aplicable. (23)

La maniobra que motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema, en resumen, consistió en haber utilizado los fondos provenientes de la venta de BONEX en operaciones celebradas al margen del mercado oficial de cambios que regía al tiempo de su comisión. La Corte entendió que la LPC, como ley penal en blanco, no había sido correctamente integrada ya que, la operación de cambio debe serlo en su acepción técnica. También agregó que, si bien las conductas en autos pudieron haber constituido un incumplimiento de las condiciones en que las operaciones debieron realizarse, y haberse alterado la Posición General de Cambios que el BCRA controlaba al ser privado de la disposición de esos fondos, aquellas no tenían prevista sanción expresa en las normas que regulaban ni remisión a la LPC. (24)

(22) CSIN, 23/10/1994, "Esterlina S.A.", LA LEY 1995-D, 507.

(23) Se sostuvo: "Que la operación imputada en autos no reúne ninguno de los dos requisitos, porque: a) tanto la colocación de bonex por su precio en dólares estadounidenses en una misma plaza extranjera, su omisión de depósito en la cuenta del Banco Central y, 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; y b) porque las conductas probadas en autos, pese a constituir un incumplimiento de las condiciones en que esas operaciones debían realizarse (comunicaciones B-288 y B-89) y, posiblemente, alterar de algún modo la posición de cambios que el Banco Central controlaba al ser privado de la disposición de esos fondos y generar el deber de responder por la deuda que generaron los títulos valores, no tienen prevista sanción expresa en las normas ya citadas que las regulan, ni hay en ellas una remisión al régimen punitivo vigente en materia de cambios".

(24) Dijo la Corte: "Que estas consideraciones obstan a la integración que realizó el a quo de la ley penal en blanco, pues no existe en autos correlación entre sanción —prevista para operaciones cambiarias y otras expresamente tipificadas— y bien jurídico —la captación inmediata de dólares estadounidenses mediante la colocación de títulos de la deuda— todo lo cual, con fundamento en la proscripción de la analogía, permite fundar la prohibición de que, so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos de los que el legislador ha querido proteger (Fallos: 312:1920, consid. 11)".

Por otro lado, opinó que la colocación de BONEX por su precio en dólares en una misma plaza extranjera, su omisión de depósito en una cuenta del BCRA y, eventualmente, su negociación en el mercado marginal no involucró moneda nacional, de modo que no pudo ser considerada una operación o negociación de cambios en el concepto técnico del término.

Entonces, una primera conclusión totalmente aplicable al caso es que la compra o venta de títulos contra moneda extranjera, por cuanto no existe un intercambio de una moneda por otra (ni actual ni futura) entre diferentes personas: no implica una operación cambiaria, y por lo tanto no está sujeta a la LPC.

11.2) Sobre la adecuación de la sanción a los principios de legalidad y reserva.

Sin perjuicio de considerar que las operaciones de títulos valores no pueden ser encuadradas técnicamente como operaciones de cambio, lo cierto es que aún considerándolas en tal sentido, su criminalización a través de la LPC debe respetar, ineludiblemente, los principios de legalidad y reserva, trascendentales en el Derecho Penal y de recepción constitucional en sus artículos 18 y 19.

El principio general es la libertad de comportamiento y la excepción es la relevancia jurídico-penal de éste, asegurando así el carácter fragmentario que debe asumir el elenco de prohibiciones sujetas a sanción y respetándose así el principio de reserva del artículo 19 de la CN. (25) El Derecho Penal, recordemos, es la herramienta más contundente que posee el Estado para sancionar a los ciudadanos por incumplimientos de las normas que rigen las relaciones dentro de una sociedad civilizada. Es la "última ratio" del poder estatal para controlar las conductas de los ciudadanos. En función de ello, para su aplicación legítima, se exige el respeto estricto de determinados mandatos fundamentales entre los que se destaca el principio de legalidad, previsto en el art. 18 CN.

En este sentido, tal como sostiene la doctrina el principio de legalidad impone, por un lado, que el Estado actúe con total sometimiento a la ley y dentro de sus límites y, además, que los

ciudadanos sepan de antemano cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les serán aplicadas. (26)

En su desarrollo, el principio de legalidad supone el cumplimiento de cuatro mandatos, que indican no sólo las propiedades que debe tener toda ley penal para ser legítima sino también las exigencias que deberán ser seguidas por los jueces en su aplicación. En primer lugar, se exige que la ley esté redactada en términos claros y precisos, a fin de que los ciudadanos puedan conocer sus alcances y sus consecuencias, motivándose adecuadamente por ellas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). En segundo lugar, se exige que la ley penal se encuentre vigente al momento de comisión de la conducta sancionada (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), con la excepción de que se trata de una ley más benigna. Seguidamente, se requiere que los delitos y sus consecuencias hayan sido estipulados únicamente por vía de una ley, estando prohibida la aplicación del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Por último, el principio de legalidad determina la imposibilidad de castigar penalmente hechos por vía de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). (27)

No puede perderse de vista, además, que en materia penal cambiaria, en donde rige una ley penal en blanco —esto es, una ley que es complementada por reglamentos administrativos que precisan la conducta punible— a la luz de lo dispuesto en los artículos 19 y 76 de la CN, debe ser más rigurosa la exigencia del respeto al principio de legalidad, debiendo quedar fuera de duda que una conducta específica se encuentre prohibida, con anterioridad a su comisión. (28)

(26) Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Valencia 2000, p. 107.

(27) Entre otros, Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª ed. (trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzalez de Murillo), Madrid 1997 pp. 88-128; y JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas; Tratado de derecho penal. Parte general, 5ª ed., (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada 2002, pp. 136-152.

(28) En este sentido, no puede perderse vista la jurisprudencia de la actual integración de la Corte Suprema en materia de delegación legislativa y sanciones administrativas que remarca tanto la exigencia de una delegación expresa de la ley, como así también la necesidad de que los hechos punibles y las penas a aplicar estén precisados

(25) YACOBUCCI, Guillermo, "La conducta típica en la evasión tributaria (un problema de interpretación normativa)", en Altamirano/Rubinska (Coords.), Derecho Penal Tributario, t. I, Marcial Pons 2006, p. 109.

Nada de esto puede ser omitido en la consideraciones de los sumarios que se encuentren actualmente en trámite de los cuales se destaca la simple remisión a la opinión acusadora del Banco Central, para considerar que la conducta del Banco imputado realizada en el año 2005 —cuando ni siquiera existía una regulación específica— significó una “operación cambiaria” susceptible de ser alcanzada por la Ley Penal Cambiaria. Hemos visto que esta apreciación, es extremadamente discutible ya que fue recién en 2008 cuando el BCRA reguló las operaciones de contado con liquidación, y aun así tampoco las prohibió sino que estableció requisitos para su realización. De aquí que hacia el año 2005 mal podía conocerse previamente que las operaciones comerciales realizadas por un Banco quedaban incluidas en el concepto de operaciones cambiarias a los fines de su regulación penal. Ello de ningún modo puede superar la exigencia constitucional de legalidad que, como vimos, requiere que la conducta se encuentre específicamente sancionada al momento de su comisión para poder ser penada.

Tampoco resulta fundamento suficiente la imputación genérica de haber intentado dar apariencia a operaciones cambiarias, como si se tratara de operaciones financieras de compra/venta de títulos. Reiteramos que para poder sancionar la conducta de una persona, se exige la previa incriminación de la conducta específica en forma clara. En este sentido, el horizonte de conductas similares a la sancionada o la referencia exclusiva a los motivos del autor sin atención a la conducta, no resultan suficientes para su encuadramiento típico. Se habla en dogmática del concepto de fraude de ley para enumerar aquellos comportamientos en donde se aprovecha la existencia de un medio jurídico favorable —norma de cobertura— previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable —norma principal—. Debe responderse que, aun en estos casos, se entiende que se trata de —eventuales— ilícitos atípicos si no hay ocultación fáctica. Se trata

en una ley previa. Cfr., CSJN del 19/04/2005, “Federación de empresarios de combustibles y otros c. Secretaría de Energía”, LA LEY 2005-E, 304.

de comportamientos neutros, eventualmente de riesgos jurídicamente permitidos o aceptados por su adecuación al orden de libertad, que gobierna la organización de los comportamientos de los ciudadanos. (29)

III. Palabras finales

En función de las consideraciones realizadas, y sin perjuicio de las eventuales ventajas obtenidas por quienes realizaban estas operaciones de “contado con liquidación” o las sanciones administrativas que, por vía de hipótesis, ellas pudieran llegar a merecer, lo cierto es que desde el punto de vista del Derecho penal las conductas aquí analizadas —ocurridas con anterioridad al mes de noviembre de 2008— no debieran ser sancionadas criminalmente.

En primer lugar, las operaciones de títulos valores imputadas al Banco no pueden ser entendidas dentro de la acepción técnica de operaciones de cambio, tal cual lo venía exigiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia de la Nación en el citado caso “Esterlina” y por otros precedentes firmes de la Justicia en lo Penal Económico.

Sin perjuicio de ello, aún en el caso de ser consideradas —erróneamente— como operaciones de cambio, una acusación penal no superaría, a nuestro modo de ver, la barrera impuesta por los principios de reserva y de legalidad, que imponen la libertad de comportamiento y exigen, para su sanción una previa descripción clara y precisa de la eventual infracción, como para que el sujeto activo pueda conocer que está cometiendo una conducta sancionada y tomar conscientemente la decisión de infringirla conociendo de antemano sus consecuencias. ♦

(29) YACOBUCCI, Guillermo, “La conducta típica en la evasión tributaria”, ob. cit. pp. 111-117. El autor cita además un trabajo de Silva Sánchez (El nuevo escenario del delito fiscal en España), en donde el catedrático español señala que el recurso a la ingeniería fiscal no implica la comisión de un delito, en tanto se aproveche un espacio de libertad para la configuración comercial que ofrecen leyes. Sobre el “fraude de ley” véase, además, la tesis de RIGGI, Eduardo, Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, Atelier, 2010.