

EL CONTROL DE CAMBIOS Y EL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO. NECESIDAD DE SU REVISIÓN

(UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL)

ALFREDO M. VÍTOLO¹

El Derecho Penal no es sino la forma de expresión de la soberanía nacional por el cual se protegen intereses estatales mediante una sanción retributiva². A través de él, el Estado define los intereses que pretende proteger y asigna a su violación una determinada sanción que importa la disminución de un bien jurídico del transgresor (pena)³.

Como toda rama del Derecho, el Derecho Penal –y sin perjuicio de su autonomía como disciplina científica– existe dentro de un marco jurídico referencial que le brinda validez y del cual no puede sustraerse⁴. Y este marco no es otro que la Constitución. El art. 31 de esta es claro al establecer: “Esta Constitución, las leyes *que en su consecuencia se dicten...* son ley suprema

¹ Trabajo preparado sobre la base del presentado en las jornadas sobre el régimen penal cambiario organizadas por el Banco Central de la República Argentina en el año 2009.

² SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal argentino*, T. I, p. 3, lo define como “la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva”.

³ Id.

⁴ El movimiento codificador, con base en el Código Napoleón, pretendía englobar la totalidad del sistema normativo en la figura del Código, reduciendo a las constituciones al mismo nivel de las leyes (Ver, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Código como fuente de derecho y achique de Constitución en Europa*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 60, Nov-Dic. 2000, §3). Sin embargo, como señala con acierto BIDART CAMPOS: “hay muchas cosas que están en la constitución y que no están en el código... Debemos aprender a buscar cada cosa en su lugar propio y no en uno extraño y ajeno... Si acaso no están en el código..., es bueno volver a recordar que el código ... no es el techo del ordenamiento jurídico, como sí lo es la constitución” (GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Los bienes colectivos tienen existencia constitucional*, La Ley del 11 de octubre de 2000).

de la Nación”. El carácter normativo y preceptivo de la Constitución nacional como ley que otorga validez formal y sustancial al resto del ordenamiento jurídico exigiendo que este se dicte en consecuencia de aquella queda así firmemente establecido.

El propio constituyente de 1853, al dirigirse a los pueblos presentando la Constitución, expresó: “en nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas [el Congreso] les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”⁵.

El sentido de la frase es claro. Habiendo sancionado una Constitución que se erigía en “ley suprema de la Nación”⁶, el Congreso Constituyente se siente en el deber de enfatizar la idea del “Estado de Derecho” como regla fundamental y básica del sistema constitucional. Una ley que se impusiera a todos, gobernantes y gobernados, como forma de garantizar a los habitantes actuales y futuros de la nueva Nación, los “beneficios de la libertad”⁷.

El imperio de la ley queda, así, afirmado enfáticamente. El art. 19 del texto constitucional le daría forma jurídica: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La ley –y sólo la ley (entendiendo como tal a la ley en sentido formal)– impone, restringe o prohíbe conductas y reglamenta el ejercicio de los derechos individuales. Ningún otro poder del estado posee esta atribución⁸. Así lo expresa con claridad el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otro límite que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley”.

⁵ Sesión del 7 de marzo de 1854. Ver EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, T. IV, p. 683.

⁶ Constitución nacional, art. 31.

⁷ Constitución nacional, Preámbulo.

⁸ “El monopolio de la función legislativa en manos del Poder Legislativo es una garantía del espacio de libertad” (MIGUEL Á. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, p. 476). GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han dicho al respecto: “La definición de la libertad como materia reservada a la ley encuentra, en fin, en la doctrina rousseauiana de la ley su justificación final: la libertad es un estado previo y cualquier limitación a la misma no puede venir más que de la voluntad general, esto es de una decisión de la representación nacional, de la ley” (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Madrid, 1995, p. 233).

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 6, al interpretar la Convención Americana –que desde la reforma de 1994 reviste “jerarquía constitucional”⁹– en cuanto requiere que los derechos sean limitados por medio de la ley, ha expresado (en interpretación que conforme nuestra jurisprudencia debe servirnos de pauta imprescindible de interpretación¹⁰): “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”. Continúa diciendo la Corte: “La expresión *leyes*, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo *leyes* cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión *leyes*, utilizada por el art. 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”¹¹.

Contrariamente a la creencia popular (y a la de muchos dirigentes y “formadores de opinión”) las formas en el Derecho revisten trascendente importancia. Y ello es más cierto en el Derecho Constitucional, en donde los procedimientos están lejos de ser un capricho burocrático o una “traba al progreso”¹², sino que responden a un propósito definido: la protección de la libertad frente a los abusos del poder.

⁹ Constitución nacional, art. 75. inc. 22.

¹⁰ “Mazzeo”, Fallos 330:3248.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *OC-6/86 La expresión “leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹² Ver dictamen del Procurador General de la Nación SEBASTIÁN SOLER en la causa “Cine Callao”, Fallos 247:121.

Por esta razón, el proceso de formación de la ley fue revestido por la Constitución de un conjunto de solemnidades. Como bien expresa JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: “las formas y procedimientos que emplean las Cámaras para ejercer sus atribuciones son de la mayor importancia: ellas determinan la validez de la ley, porque expresan el consentimiento de los diversos órganos constitucionales del pueblo [...] La falta de cualquiera de esas formas esenciales hace que la ley no sea tal, o sea nula, si se pretende ponerla en práctica o ejecución”¹³.

El sistema está cuidadosamente diseñado para evitar que la acción de un gobernante, aún bienintencionado, en su descontrolada actuación, pueda provocar la ruptura del sistema, erigiéndose de este modo en un sistema auto-controlado que actúa como un freno a la irresponsabilidad. Así lo expresó con claridad la Corte Suprema de los Estados Unidos, al sostener: “el propósito de la Constitución está sabiamente dirigido no a hacer fácil la legislación, sino a hacerla difícil, requiriendo que el consentimiento popular sea expresado por intermedio de tres diversos organismos, tan distintos como para que la concurrencia de los tres importe una suprema garantía de que el resultado no sea desastroso al pueblo o a los estados. Su objeto es obstruir la sanción de un proyecto de ley, impidiendo que se convierta en ley, a menos que estas tres expresiones diversas de la voluntad popular coincidan en la aprobación de su constitucionalidad y sabiduría”¹⁴.

Y si estos principios resultan aplicables para el ordenamiento jurídico general, más aún son de aplicación en materia penal, toda vez que a través de la norma penal se afectan libertades fundamentales del individuo.

¹³ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Angel Estrada y Cía., 1897, p. 530.

¹⁴ Citado por JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, T. III, 3ª edición, Lajouane, 1931, p. 26. Como señala GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, el procedimiento legislativo puede definirse como “la serie de ‘obstáculos’ que han de irse venciendo para que, con garantías de meditación y debate, se llegue a una decisión en el ámbito parlamentario legislativo. En el procedimiento se mezclan cuestiones de índole técnica con otras de índole esencialmente política, consecuencia de su doble finalidad. En la vertiente técnica, el escalonamiento de trámites que lo componen persigue obtener un producto final (la ley) lo más perfecto posible; se trata para ello de poner en manos del Parlamento un cauce que, al tiempo que permita una discusión metódica y suficiente, ofreciendo a los miembros y grupos de la Cámara la posibilidad de intervenir en los debates, constituya asimismo un instrumento ágil y rápido para expresar la voluntad de la institución. Desde el punto de vista político, mediante la deliberación se pretende obtener el mayor consenso posible de las fuerzas que integran las Cámaras en torno a un determinado texto... El análisis del procedimiento de elaboración de la ley es uno de los aspectos más relevantes del concreto ejercicio de la soberanía en un régimen político determinado” (PILAR GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *La iniciativa legislativa en la Constitución Española de 1978*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 59, mayo-agosto 2000, p. 60).

Así es como el principio de legalidad ya citado encuentra su expresión más precisa en materia penal en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, recogido en el art. 18 de nuestra Constitución: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley* anterior al hecho del proceso...”.

En virtud de los condicionamientos constitucionales que hemos expuesto, el requisito de ley para sancionar penalmente conductas no puede ser entendido más que en forma integral: sólo el Poder Legislativo posee el poder de tipificar conductas y fijar sanciones, no pudiendo delegar esta atribución en ningún otro órgano, so pretexto de reglamentación.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ya en 1957, en la causa “Mouviel”, en donde se analizaba la validez de los edictos del jefe de policía (autoridad administrativa) por los cuales este aplicaba sanciones penales en el marco de una autorización legislativa, expresó: “el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y máximo. En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el art. 86 inc. 2 CN, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del art. 18”¹⁵.

Dentro de este marco debemos analizar la validez constitucional de las llamadas “leyes penales en blanco”, o sea aquellas que “tipifican en forma incompleta una conducta, delegando a la reglamentación el establecimiento de los recaudos faltantes”¹⁶. Tal tipo legal encuentra su razón de ser en aquellos supuestos en los cuales, como señala SOLER, “la variabilidad de las circunstancias hace casi imposible la minuciosa previsión de las infracciones”¹⁷. Nuestra Corte Suprema, en diversos fallos, había admitido su validez, considerándolas un ejercicio de la llamada “delegación impropia” –siguiendo sus clásicos precedentes en la materia¹⁸– “siempre que la política legislativa haya sido

¹⁵ Fallos 236:626.

¹⁶ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, T. II, p. 290.

¹⁷ SEBASTIÁN SOLER, cit., p. 156.

¹⁸ Esencialmente, “Agencia Marítima Delfino”, Fallos 148:430.

claramente establecida”¹⁹; habiendo reconocido también la validez de los tipos penales abiertos, sosteniendo que no es necesario que la ley contenga una descripción formalmente agotada”²⁰ del tipo penal, y autorizando que dichos vacíos sean llenados por órganos administrativos, a través de la llamada “legislación de segundo grado”²¹. Sin perjuicio de la postura de los tribunales, calificada doctrina y algunos votos en disidencia habían cuestionado dicha jurisprudencia, con fundamento en la violación del estricto principio de legalidad antes descripto²².

Ahora bien, más allá de los opinables fundamentos de la postura jurisprudencial, no debe perderse de vista que la reforma constitucional de 1994 modificó el régimen de delegación legislativa, prohibiendo esta de manera absoluta, excepto en materias determinadas de administración o emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio, y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca²³.

En síntesis, luego de la reforma:

- “Sólo puede realizarse delegación legislativa en materias determinadas de administración o de emergencia pública;
- si hay delegación, necesariamente debe haber plazo;
- si hay delegación, el Congreso debe establecer las bases sobre las cuales se establece la misma”²⁴.

Asimismo, queda prohibida toda delegación en órganos diferentes al Poder Ejecutivo, así como la posibilidad de subdelegación por este, criterios que, sin perjuicio de las numerosas objeciones constitucionales, con anterioridad a la reforma habían sido convalidados por nuestra jurisprudencia²⁵.

Comentando la nueva cláusula constitucional, ALBERTO GARCÍA LEMA, quien fuera convencional constituyente e integrara la Comisión de Redacción, expresa: “se ha puesto aquí un límite preciso a la costumbre que el Congreso

¹⁹ “Fernández”, Fallos 300:392; “Legumbres”, Fallos 312:1920; “Arpemar”, Fallos 315:908.

²⁰ “Musotto”, Fallos 310:1909.

²¹ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Algo más sobre las leyes penales en blanco*, ED 136:409.

²² SOLER, en su dictamen como Procurador General en la ya citada causa “Mouviel”; MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Algo más...*, cit.; “Arpemar”, Fallos 315:908, disidencia de los Dres. BELLUSCIO y PETRACCHI.

²³ Constitución nacional, art. 76.

²⁴ VILMA IBARRA, *Facultades legislativas delegadas en el Poder Ejecutivo nacional*, La Ley, 23 de julio de 2009.

²⁵ “Verónica SRL”, Fallos 311:2339; “Propulsora Siderúrgica”, Fallos 312:1098; “Czerniecki”, Fallos 318:137.

desarrolló en el pasado de efectuar delegaciones legislativas en organismos y entes de la Administración central, descentralizada o autárquica”²⁶.

Tal es así, que el constituyente revistió el ejercicio de la facultad delegada de un conjunto de formalidades tendientes a establecer un rígido sistema de control: los decretos por los cuales se ejercen facultades delegadas por el Congreso deben ser refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros, y se encuentran sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente²⁷.

De esta manera, tras la reforma constitucional desaparece toda posibilidad de integrar las normas penales por vía de delegación, toda vez que la materia penal no constituye *materia determinada de Administración*, como también desaparece la posibilidad de que la delegación sea realizada a un funcionario o ente diferente del Presidente de la Nación, quien conforme nuestra Constitución nacional es el único funcionario a quien se le encomienda el ejercicio del Poder Ejecutivo²⁸. De otro modo, quedaría soslayado el mecanismo de control previsto por el constituyente²⁹.

Junto con la garantía de legalidad descripta, tampoco deben perderse de vista las restantes garantías constitucionales previstas específicamente para el Derecho Penal, entre las que cabe destacar la necesidad de que la pena sea fijada en el marco de un *juicio* en donde rija en forma completa el derecho de defensa del acusado, incluyendo su presunción de inocencia. Ello surge en forma expresa no sólo del ya citado art. 18 de la Constitución nacional, sino de los tratados internacionales a los que —como hemos señalado— la reforma de 1994 ha conferido “jerarquía constitucional”³⁰ y que, por lo tanto, resultan superiores y condicionan el contenido de cualquier ley.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula en su art. 14: “1. ... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella... 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad

²⁶ ALBERTO GARCÍA LEMA, *Decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa, agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes*, en la obra colectiva, *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, p. 401.

²⁷ Constitución nacional, art. 100, inc. 12.

²⁸ Constitución nacional, art. 87.

²⁹ Sin embargo, cabe señalar que recientemente, la Corte Suprema, en la causa “Establecimiento Modelo Terrabusi”, Fallos 330:1855, convalidó la posibilidad delegación a otros entes, así como la de subdelegación, haciendo suyo el dictamen de la Procuración General de la Nación, mediante remisión a precedentes anteriores a la reforma, y sin referirse a esta.

³⁰ Constitución nacional, art. 75, inc. 22.

conforme a la ley...”. En forma similar se ha expresado la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su art. 8.

Si bien nuestra jurisprudencia ha admitido desde hace largo tiempo la existencia de tribunales administrativos, con fundamento en una presunta –y en nuestra opinión inexistente a la luz del art. 109 de la Constitución que prohíbe al Presidente de la Nación ejercer funciones judiciales– distinción entre lo que la Corte Suprema ha denominado “función judicial” (sólo ejercitable por los tribunales judiciales) y “función jurisdiccional” (ejercitables por los órganos administrativos), siempre que exista un control judicial pleno y suficiente³¹, cabe preguntarse si dichos principios resultan aplicables al proceso penal.

Entendemos que no. La Constitución es clara al exigir la existencia de un “juicio” como requisito para cualquier procedimiento penal. Y de ello devienen que el mismo sólo puede ser llevado adelante por un juez, integrante del Poder Judicial, el cual, conforme nuestra Constitución, está integrado por “una Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores que establezca el Congreso”³², y a quien la misma otorga la competencia para “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos... por las leyes de la Nación”³³. En base a esta definición del constituyente, no caben dudas que el procedimiento administrativo en ningún caso puede calificarse como “juicio”, ni el funcionario público (“juez administrativo” en la clásica terminología de la corriente administrativista) como “juez” con los alcances precitados.

En la causa “Gómez”³⁴, fallada en 1946, la Corte había “declarado constitucional la atribución hecha al Poder Ejecutivo por ciertas leyes de la facultad de imponer sanciones destinadas a asegurar el estricto cumplimiento de las mismas, pero a condición de que de la resolución administrativa haya recurso a la justicia y se dé satisfacción al derecho de defensa”. Si bien en la causa la Corte no se pronunció sobre el carácter penal o administrativo de la sanción apelada, en cada oportunidad posterior en que analizó el punto, el tribunal se preocupó por señalar la naturaleza de infracción administrativa y no penal de la conducta afectada³⁵.

³¹ “Antonio Castes”, Fallos 187:79; “Adolfo Parry”, Fallos 193:408; “Fernández Arias c/Poggio”, Fallos 247:646, entre otros.

³² Constitución nacional, art. 108.

³³ Constitución nacional, art. 116.

³⁴ Fallos 205:549.

³⁵ “India Cía. de Seguros Generales”, Fallos 241:419; “Finguerot”, Fallos 251:343; “Banco Israelita”, Fallos 275:265; “Banco de Río Negro y Neuquén”, Fallos 303:1776; “Establecimiento Modelo Terrabusi”, Fallos 330:1855.

Aún cuando en la ya citada causa “Arpemar”³⁶, fallada con anterioridad a la reforma de 1994, la Corte parece extender estos principios también al Derecho Penal, cabe analizar si esta interpretación puede mantenerse a la luz de la reforma de 1994 y de los tratados internacionales antes citados. Consideramos que no. Los mismos principios que fundamentan el requerimiento de ley para tipificación de la conducta delictiva resultan aplicables para la exigencia de un juicio “judicial” (valga la redundancia) a fin de aplicar la pena. La confusión entre el acusador y juez, tal como ocurre en los tribunales administrativos, confusión que se ve agravada si se agrega el ya señalado hecho de que en muchas oportunidades este es también el autor (integrador) del tipo penal, hace desaparecer la necesaria independencia exigida como estándar para el juzgamiento de las conductas individuales, determinando su invalidez³⁷. Como señala un viejo aforismo español: “Quien tiene al juez por acusador, necesita a Dios por defensor”³⁸, ya que, como señalara MONTESQUIEU, “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo”³⁹.

En la recientemente fallada causa “López”, la Corte tuvo oportunidad de referirse nuevamente a los tribunales administrativos y analizar su validez frente al Derecho Penal. Así, sostuvo: “No hay argumento alguno que permita que funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo y sometidos a sus órdenes, apliquen leyes penales”⁴⁰.

Por último, la pena, en tanto importa la afectación de derechos individuales, debe ser razonable en función del interés jurídico que se pretende proteger, a fin de no alterar el derecho reglamentado, tal como lo exige el art. 28 del texto constitucional.

Es a la luz de los principios antes reseñados que debemos analizar el régimen penal cambiario establecido por la ley 19.359⁴¹, a fin de determinar su adecuación constitucional.

En primer lugar, debemos analizar cuál es el bien jurídico que el legislador pretende proteger y si este posee entidad suficiente para ser protegido mediante la sanción penal.

³⁶ Fallos 315:908.

³⁷ Entre otros, “Quiroga”, Fallos 327:5863.

³⁸ MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *Tratado*, cit., T. V, p. 243.

³⁹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ed. Libertad, 1944, Libro XI, Cap. 6, p. 150.

En forma similar JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, § 144.

⁴⁰ Fallos 330:399.

⁴¹ ADLA XXXII-A, p. 2.

Si bien nuestra Constitución se funda en la idea central de la libertad individual, la necesidad de regular la vida social ha llevado a que el constituyente incorporase en la constitución una serie de herramientas, entre ellas, aquellas tendientes a regular el funcionamiento económico de la sociedad, dando lugar a lo que ALBERDI denominó el “Sistema Económico y Rentístico” de nuestra Constitución⁴² al sostener: “La Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza por disposiciones terminantes la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural de equilibrio que preside la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos. Toda la materia económica se haya comprendida en estas tres grandes divisiones de los hechos que la constituyen”⁴³. Así encontramos entre las cláusulas constitucionales, y en lo que nos interesa en particular, disposiciones que otorgan al Congreso la facultad de reglar el comercio con las naciones extranjeras⁴⁴ y arreglar el pago de la deuda externa de la Nación⁴⁵; para lo cual resulta indispensable el acceso al mercado de cambios. A estos fines, la Constitución otorga también al Congreso la facultad de fijar el valor de la moneda y el de las extranjeras”⁴⁶, a lo que se suma el agregado realizado en 1994 por el constituyente confirmando al Congreso atribuciones tendientes a proveer lo conducente a la “defensa del valor de la moneda”⁴⁷.

La trascendencia de estas cuestiones resulta obvia. Ya ALBERDI señalaba: “¿Cuál es la necesidad argentina de carácter público que no dependa de una necesidad económica?⁴⁸ Y esta trascendencia se acrecienta en nuestro tiempo. Así, expresa DALLA VÍA: “El Derecho Constitucional Económico cobra especial relevancia en nuestros días por el evidente protagonismo que tiene la economía en el campo político; tanto nacional como internacional [...] Pocas veces como en nuestros días, la economía ha representado el ámbito en el cual se manifiestan las estrategias políticas de los países”⁴⁹ Y han sido precisamente estos valores los que la ley 19.359 pretende proteger. La nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley (recordemos que la norma fue dictada

⁴² JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, El Ateneo, Buenos Aires, 1913.

⁴³ Id., T. 2, p. 3.

⁴⁴ Constitución nacional, art. 75, inc. 13.

⁴⁵ Constitución nacional, art. 75, inc. 7.

⁴⁶ Constitución nacional, art. 75, inc. 11.

⁴⁷ Constitución nacional, art. 75, inc. 19.

⁴⁸ JUAN BAUTISTA ALBERDI, cit., p. 8.

⁴⁹ ALBERTO DALLA VÍA, *Derecho Constitucional Económico*, LexisNexis, 2006, p. 44.

por un gobierno de facto), justifica en estas razones su dictado: “se trata de un cuerpo legal cuya vigencia plena redundará en beneficio de los intereses de la Nación, con lo que persigue un elevado propósito de bien público, asegurando la seriedad de las transacciones internacionales y defendiendo el valor de nuestra moneda”⁵⁰.

Desde esta óptica, entonces, aparece como razonable –en forma genérica– que el legislador resolviera proteger estos intereses brindándoles la protección del Derecho Penal, agravando mediante la configuración de nuevos tipos delictivos la simple protección administrativa vigente hasta entonces⁵¹.

Pero en nuestra opinión, y en gran medida como consecuencia de la inexistencia en esa etapa de nuestra historia política (1971) de un régimen constitucional pleno, y en particular, de la confusión que se daba entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo –en cabeza de un único órgano, el Presidente de la Nación⁵²– llevó a que la norma incurriera en inconstitucionalidades palmarias, que resulta necesario remediar, a fin de evitar que tan importantes intereses queden sin protección.

En este sentido, no puede dejar de mencionarse lo dispuesto por el mensaje de elevación que acompaña la ley: “Dada la extrema gravedad y trascendencia económico-social que los delitos cambiarios importan para los intereses públicos y la magnitud de los perjuicios que de ellos se derivan, es imperiosa la necesidad de establecer normas que resulten cabalmente protectoras; *a tal fin se ha considerado necesario apartarse en alguna medida de los principios corrientes que informan al Derecho Penal común*”⁵³.

Si bien a mayor interés jurídico a proteger, mayor es el ámbito admisible de restricción de los derechos necesarios para lograr dicha protección, ello no puede llevarnos a superar las limitaciones constitucionales, las que constituyen un valladar infranqueable aún ante la máxima emergencia. Como ha dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos: “La Constitución estableció un gobierno nacional con poderes que consideró adecuados... pero estos poderes del gobierno nacional están limitados por las concesiones constitucionales. Quienes actúan con arreglo a las mismas no tienen libertad para exceder los límites impuestos porque crean que es necesario un poder mayor o diferente”⁵⁴.

Como señalara el ya citado dictamen de SEBASTIÁN SOLER en la causa “Cine Callao”: “No se halla en tela de juicio la generosidad del propósito perseguido por la ley; lo que se cuestiona es la constitucionalidad del medio

⁵⁰ ADLA XXXII-A, p. 2.

⁵¹ Id.

⁵² Estatuto de la Revolución Argentina

⁵³ Ver nota 50.

⁵⁴ Schechter Poultry, 295 US 495 (1935).

empleado para lograrlo. Si la autoridad estima que ese propósito debe cumplirse tiene a su alcance, para ello, atribuciones indiscutibles... Pero lo que no puede es substituir esas atribuciones por otra de la que carece... mediante el ejercicio de un poder de policía que, así ejercido, recuerda conceptos de CAMPBELL BLACK y del Justicia BREWER: ‘ese poder de policía tan fácilmente pervertido hasta el extremo de convertirlo en un peligro para los derechos y la libertad’ que ‘ha llegado a ser el refugio de todo atentado de la autoridad’⁵⁵.

En primer lugar, la ley penal cambiaría viola el principio de legalidad, toda vez que junto con tipos penales claramente definidos, incluye otros que encuadran en lo que antes hemos descripto como normas penales en blanco⁵⁶. Dentro de estas, tal vez la inconstitucionalidad más trascendente sea la que configura como delito “todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”⁵⁷. La Carta Orgánica del Banco Central (ley del Congreso) delega a este el dictado de las normas sobre esta cuestión⁵⁸, de forma tal que el tipo penal no queda definido sino hasta el momento en que el Banco Central dicta la reglamentación correspondiente. Como hemos analizado, este tipo de delegaciones⁵⁹ –aun en la interpretación más restrictiva– ha devenido inconstitucional tras la reforma de 1994, por consistir en una delegación a un órgano a quien el Congreso no puede delegar atribuciones (recordemos que las facultades legislativas sólo pueden delegarse al Poder Ejecutivo, sin posibilidad de subdelegación), como por el contenido mismo de la materia delegada, dado que las cuestiones penales no constituyen la “materia determinada de administración” que habilitaría la delegación.

Tampoco se establecen en la ley las “bases de delegación” exigidas por el art. 76 de la Constitución nacional, no resultando a tal fin suficiente la mera expresión en la ley delegante de que el fin de las normas sea la “defensa del valor de la moneda”. Como ha sostenido en un reciente fallo nuestra Corte Suprema: “A partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1) la delegación sin bases está prohibida y 2) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será

⁵⁵ Ver nota 12.

⁵⁶ Es preciso destacar que el carácter penal y no administrativo de la norma es reconocido por el propio mensaje de elevación, citado en nota 50, el cual dispone: “A los efectos perseguidos por la presente ley, se ha dado categoría de delito a ciertas violaciones a dicho régimen, catalogadas hasta hoy simplemente como infracciones”.

⁵⁷ Ley 19.359, art. 1, inc. f).

⁵⁸ Carta Orgánica del BCRA, ley 20.539, art. 3.

⁵⁹ Convalidado por la Corte Suprema con anterioridad a la reforma de 1994 (entre otros, “Fernández”, Fallos 300:392).

convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la *específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate*. Esta conclusión resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente⁶⁰.

Adicionalmente, la situación se ve agravada, toda vez que el régimen actual de control de cambios (cuya violación importaría la aplicación de la sanción penal) viola también la pauta constitucional de legalidad. En efecto, la regla actual es que sólo pueden cursarse libremente por el mercado de cambios aquellas operaciones específicamente permitidas por la norma administrativa, mientras que las restantes se encuentran sujetas a la previa aprobación del Banco Central⁶¹, sin que existan parámetros predeterminados de en qué condiciones se otorgará la autorización. Así, se invierte ilegalmente el principio constitucional de que todo lo no prohibido está permitido, transformando el sistema en un verdadero atentado a la libertad constitucionalmente reconocida.

Por otra parte, la necesidad de reforma del sistema en este punto deviene también necesaria toda vez que –aun admitiendo la validez de la delegación al Banco Central– dicha delegación debe –conforme nuestra Constitución– ser siempre temporaria. La temporalidad apunta a la necesidad que el constituyente previó que el Congreso reexamine periódicamente las razones que motivaron la delegación, de donde se extrae la excepcionalidad de la misma. Como ha expresado recientemente la Corte Suprema: “La letra del texto constitucional refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar”⁶².

Dicha temporalidad no existe en la presente ley.

En segundo lugar, la norma en cuestión, al establecer en su art. 8 que será el Banco Central quien tenga a su cargo el proceso sumario, recibir la causa a prueba, producir las que considere oportunas, dictar medidas cautelares, etc., viola con claridad el requerimiento de que los procesos penales deben,

⁶⁰ “Colegio Público de Abogados”, Fallos 331:2406.

⁶¹ Comunicación A 3471 y concordantes.

⁶² “Colegio Público de Abogados”, Fallos 331:2406

siempre y en todo momento revestir la forma de *juicio* judicial. El requisito no se ve suficientemente cumplido con el hecho que, tras las reformas introducidas a la ley por las leyes 22.338 y 24.144, se haya restado al Banco Central la facultad sancionatoria propia, debiendo este remitir el sumario al juez competente. El sumario integra el proceso penal y, por lo tanto, debe estar a cargo, y no sólo ser (o poder ser) controlado *a posteriori* por un juez. Máxime cuando el régimen vigente otorga al sumariante (que a su vez actúa como parte acusadora) la facultad de dictar un conjunto de medidas precautorias que afectan notoriamente los derechos de los presuntos infractores al régimen –inocentes mientras no se declare su culpabilidad–: prohibición de comerciar (por imposibilidad de acceder al mercado de cambios), y prohibición de la salida del país⁶³, medidas que por su gravedad y naturaleza sólo pueden ser dispuestas por el juez en el marco de un proceso, con pleno respeto a las garantías constitucionales.

Sólo devolviendo el sumario a su ámbito natural, el judicial, se da cumplimiento a la manda constitucional, máxime cuando la propia ley restringe la actuación del juez al no permitirse, como regla general, la recurribilidad de las decisiones adoptadas durante la sustanciación del sumario.

Es por ello que, en nuestra opinión, debe modificarse el régimen, estableciéndose un mecanismo ágil que, con pleno respeto al principio constitucional de legalidad y con la debida consideración a la velocidad del tráfico comercial moderno y a las cambiantes circunstancias económicas, permita una adecuada protección de los intereses que el régimen busca preservar, sin afectar la garantía de libertad de los individuos, destinatarios últimos de las normas, y en cuyo favor el estado existe como tal.

Los principios antes señalados deben combinarse con una adecuada diferenciación entre los delitos cambiarios (ejecutados con intención y voluntad de incumplir el régimen), regidos por el Derecho Penal, y las simples infracciones administrativas, sancionables por la vía del procedimiento administrativo, dejando reservada la acción judicial a los primeros (sin perjuicio del contralor judicial sobre la actividad administrativa del Banco Central). La norma existente, al incriminar penalmente –sin distinción ni gradación de ninguna naturaleza– toda violación al régimen de cambios, incurre en una notoria afectación de los principios de razonabilidad e igualdad ante la ley. No resulta constitucionalmente admisible, tratar del mismo modo situaciones que afectan de manera notoriamente diversa el bien jurídico protegido. Así, no

⁶³ Ley 19.359, art. 17. Sorprendentemente, la norma valora los derechos patrimoniales por encima de los derechos personales, al requerir autorización judicial para trabar embargo sobre fondos (inc. c), pero no para las restantes medidas que restringen derechos de mayor jerarquía.

es equiparable la simple demora (sin intención defraudatoria) en liquidar una divisa con la omisión dolosa de declaración; ni resulta admisible equiparar la conducta del autor del delito con la del banco que diligentemente cursó la operación de cambio, y a quien no puede exigírsele –no es su función ni está preparado ni capacitado para ello– que controle la legalidad o veracidad de la operación comercial subyacente.

En síntesis, los cambios ocurridos en la dinámica comercial internacional de los últimos cuarenta años, así como las modificaciones en nuestro texto constitucional, hacen imperativo que la ley 19.359 sea reemplazada por una herramienta moderna, ágil y útil para la obtención de los legítimos fines que persigue el régimen de control de cambios, pero con pleno respeto a los principios y garantías constitucionales. El Congreso, otrora llamado “caja de resonancia de la República”⁶⁴, tiene ahora la palabra.

⁶⁴ EDUARDO P. JIMÉNEZ, *Claroscuros en los roles del Congreso de la Nación*, en la obra colectiva *La reforma constitucional de 1994*, Depalma, p. 271.

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES