

# **Aventuras neopunitivistas de un Procurador**

## **(Comentarios a raíz de la Resolución 5/2012 de la Procuración General de la Nación)**

Por Diego H. Goldman

### **I. Neopunitivismo y derecho penal económico**

Dentro del campo de las ideas político-criminales, se viene afianzando en las últimas décadas una corriente que, bajo distintos ropajes, reivindica la intervención penal como medio supuestamente idóneo para conjurar todo tipo de males sociales. De entre todas las denominaciones utilizadas para rotular este fenómeno de expansionismo penal, usualmente acompañado del cuestionamiento de las clásicas garantías procesales y sustanciales del Derecho Penal Liberal, me parece particularmente descriptiva la de "neopunitivismo", que ha sido definido como una "...corriente político-criminal [que] se caracteriza por el recrudescimiento del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín, a modelos político criminales autoritarios [...] sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho Penal simbólico omnicomprensivo, omnipotente y omnipresente que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social"<sup>1</sup>.

En nuestro país, el neopunitivismo ha florecido aunado a cierta visión simplista y maniquea de los fenómenos sociales, en virtud de la cual la sociedad puede dividirse en *víctimas* y *victimarios*, identificándose a los primeros con los sectores más rezagados en términos socioeconómicos, y a los segundos con quienes ostentan (real o simbólicamente) una situación de poder político o económico. En el marco de esta dialéctica, no es extraño que muchos puedan, sin ruborizarse, proclamarse acérrimos defensores de las garantías liberales cuando la amenaza penal se posa sobre quienes identifican como "amigos", mientras simultáneamente reclaman el relajamiento de esas mismas garantías respecto de quienes colocan en el lugar de "enemigos".

Por su parte, el campo de los delitos económicos y tributarios ha resultado particularmente fértil para el desarrollo de estas corrientes cuestionadoras de los principios clásicos del

---

1 Carlos Christian Sueiro - Bibiana Birriel; "El neopunitivismo. Cuando el juzgador de elevado handicap de ciudadanía se convierte en el vulnerable enemigo. El inconsciente positivista de la criminología crítica y el vestigio panpenalista del derecho penal reductor", ponencia presentada en el *VI Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal - Primeras Jornadas de Derecho Penal del Mercosur*, Mar del Plata, octubre de 2006. Disponible en <http://www.aapdp.com.ar/archivos-para-bajar/suiero-birriel.pdf>.

Derecho Penal, fundamentalmente por dos razones.

La primera, de sesgo claramente ideológico, es que el estereotipo del delincuente económico parece coincidir con la clase de "enemigo" al que ciertos sectores -que tienen prácticamente colonizado el discurso político-criminal autóctono- gustan de atribuir las causas de todos los males sociales: el rico, el poderoso, la elite que conspira en las sombras contra los intereses del pueblo. Poco importa que, en realidad, la gran mayoría de quienes son imputados por este tipo de delitos sean pequeños y medianos empresarios, comerciantes o profesionales independientes que lejos están de ostentar un poder económico o político significativo, puesto que sus características concretas siempre pueden ser deformadas en el plano de lo simbólico hasta hacerlas coincidir con aquel villano estereotipado al que se dice combatir.

Pero más allá de los ideologismos, existe una segunda razón, aún más poderosa, por la cual el neopunitivismo ha calado profundo en el ámbito de los delitos económicos, y es que se trata de un discurso que calza como anillo al dedo para encubrir las falencias de un sistema penal muchas veces imposibilitado para esclarecer este tipo de ilícitos por la carencia de recursos técnicos y humanos idóneos para tal fin. Desde este punto de vista, parece bastante más cómodo propugnar un relajamiento de las garantías procesales y sustanciales de los imputados, para de este modo poder mostrar mayores índices de "éxito" de la persecución penal -o al menos poder disimular el propio fracaso lamentándose del exceso de prerrogativas con que contarían los presuntos delincuentes económicos para evitar la pena- que equipar y capacitar adecuadamente a los funcionarios de los órganos judiciales y administrativos para que puedan desarrollar apropiadamente su labor dentro del marco de las garantías constitucionales vigentes.

Es dentro de este contexto de avance de un discurso político-criminal deslegitimador de los principios rectores del Derecho Penal Liberal, que hay que enmarcar el reciente dictado de la Resolución N° 5/2012 de la Procuración General de la Nación, por la cual se instruyó a todos los fiscales dependientes de ese Organismo a oponerse a la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna respecto de las modificaciones introducidas por la Ley 26.735 al Régimen Penal Tributario.

## **II. La Resolución N° 5/2012 de la PGN**

Como es sabido, en diciembre de 2011 el Congreso sancionó la Ley 26.735, la cual introdujo una serie de importantes modificaciones al Régimen Penal Tributario instaurado por la Ley 24.769. En lo que aquí interesa, baste recordar que entre dichos cambios, se contempló el incremento de los montos mínimos a partir de los cuales se configuran los delitos tipificados en los artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 9. Así, por ejemplo, el tipo de evasión tributaria simple (art. 1), que antes exigía que el contribuyente o responsable evadiera mediante ardid o engaño obligaciones tributarias por un monto igual o superior a los \$ 100.000 anuales, ahora requiere para su configuración un perjuicio al Fisco de por lo menos \$ 400.000, ocurriendo lo propio con las demás figuras tipificadas en la Ley 24.769 que establecían un piso monetario para que proceda la sanción penal.

Es de mencionar que, frente a la evidente desincriminación de las conductas ya consumadas por debajo de los montos establecidos por la nueva ley, el proyecto original del Poder Ejecutivo había contemplado la inclusión de una cláusula según la cual el incremento de las sumas previstas como "condición objetiva de punibilidad" -difusa categoría conceptual contra la que ya me he pronunciado en ocasiones anteriores<sup>2</sup>- "no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna". Con buen criterio -dado que tal previsión violaba abiertamente las garantías de jerarquía constitucional emanadas del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incluso lo dispuesto por el art. 2 del Código Penal- el Congreso no incluyó dicha cláusula en el texto finalmente sancionado como Ley 26.735.

No obstante que para la práctica unanimidad de la doctrina, para el Congreso Nacional, y aún para la Corte Suprema de Justicia de la Nación -que se había pronunciado tiempo atrás en una cuestión idéntica en el caso "Palero" (Fallos 330:4544)-, se encontraba fuera de duda que, por aplicación del principio de ley penal más benigna, todos los hechos

---

2 Sobre estas pretendidas "condiciones objetivas de punibilidad" que según alguna doctrina constituyen meras restricciones del poder punitivo del Estado que no deben ser abarcadas por el dolo del agente, he sostenido que "[l]a Constitución de ningún modo habilita al legislador a crear arbitrariamente supuestos en los cuales la pena se independice de la culpabilidad del imputado, ninguna de sus normas permite concluir que en algunos casos es relevante el conocimiento de la totalidad de los elementos descritos por el tipo penal y en otros no. ¿Cuál es el criterio para sostener "esto es un elemento del tipo objetivo" y en cambio "esto otro es una condición objetiva de punibilidad"? ¿Por qué no sostener entonces, por ejemplo, que la "ajenidad" de la cosa en el hurto del artículo 162 del Código Penal es también una "condición objetiva de punibilidad" y que la ley pena simplemente el apoderarse de una cosa, sólo que el legislador ha graciosamente decidido eximir de sanción a aquellos que se apoderan de cosas que previamente les pertenecían?" (Diego Goldman; "Cuestiones probatorias en los casos de evasión tributaria mediante la utilización de facturas apócrifas", publicado en Diego Goldman [comp.], *Práctica penal tributaria*, Buenos Aires, Del Puerto, 2012, pág. 37).

anteriores a la sanción de la Ley 26.735 que involucraran sumas de dinero inferiores a las por ella previstas quedaban desincriminadas de pleno derecho, con fecha 8/3/2012 el entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi, dictó la Resolución N° 5/12 instruyendo a todos los fiscales con competencia penal en el orden federal a que "...se opongán a la aplicación retroactiva de la ley 26.735 por aplicación de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"<sup>3</sup>.

El argumento principal en el que se funda la resolución en cuestión, consiste en sostener que la modificación de los montos previstos por la Ley Penal Tributaria no implicó un cambio en la valoración social del hecho por parte del legislador, sino en una mera actualización originada en la depreciación de la moneda nacional frente al dólar estadounidense, razón por la cual no se estaría en realidad frente a una ley "más benigna" cuya aplicación retroactiva vendría impuesta por el art. 2 del Código Penal y los tratados internacionales antes citados. Adicionalmente, el ex Procurador General sostuvo que, igualmente, para determinar si se trata de una ley "más benigna" debería analizarle la ley 26.735 en su conjunto, y no sólo en lo que hace al incremento de los montos previstos en los artículos 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 9.

Aún siendo discutibles y estando inspiradas en una ideología neopunitivista que, como ya vimos, pretende excluir a los imputados por delitos económicos de la protección que otorgan las garantías constitucionales que rigen el Derecho Penal, estas ideas podrían haber sido formuladas de un modo consistente y a través de una argumentación coherente. Lamentablemente, en el caso que nos ocupa, las conclusiones del Procurador van acompañadas de un razonamiento cargado de sofismas, conjeturas y contradicciones que, a mi entender, revelan un preocupante desconocimiento no ya de los principios rectores del Derecho Penal, sino también de nociones básicas de lógica y economía. A continuación analizaremos someramente esos graves defectos argumentativos de los que adolece la Resolución PGN N° 5/2012.

### **III. ¿Es la "valoración social del hecho" un criterio relevante para interpretar la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna?**

En defensa de su postura de vedar la aplicación retroactiva de la Ley 26.735 a aquellos

---

3 Res. PGN N° 5/2012, art. 1.

casos en que se investigan conductas que ocasionan un perjuicio al erario público por montos inferiores a los previstos en ella, el cesado Procurador sostiene que "...la aplicación retroactiva de la ley más benigna [...] no consiste en la aplicación mecánica o irreflexiva de cualquier ley posterior al hecho imputado por la sola razón de que a ella beneficiaría al acusado en comparación con la ley vigente en el momento de comisión del hecho. El sentido del principio es asegurar que las penas no se impongan o mantengan cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado ha cambiado, de modo que lo que antes era reprobable ahora no lo es, o no lo es tanto. Por ello, al sancionarse una nueva ley cuya aplicación retroactiva podría beneficiar al imputado de un delito, la aplicación del principio exige evaluar si la nueva ley es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito que se imputa".

En definitiva, para el Dr. Righi, no alcanzaría con que del propio texto de la nueva ley surja su mayor benignidad respecto del imputado para que la misma resulte aplicable al caso, sino que cabría ponerse a indagar respecto de si esa menor severidad es producto de un cambio en la "valoración social del hecho" expresada por el legislador, lo que ya de por sí abre un campo para la libre imaginación del intérprete que no parece surgir ni del art. 2 del Código Penal, ni de los pactos internacionales que otorgan jerarquía constitucional al principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Para peor, el hecho mismo de suponer que las leyes expresan una determinada "valoración social" habla a las claras de una visión demasiado optimista, o más bien ingenua, de los procesos legislativos.

Dejemos de lado el hecho de que las leyes rara vez se sancionan por unanimidad, lo que nos obligaría a hablar no ya de "valoración social" sino de "valoración de una fracción mayoritaria de la sociedad". Lo cierto es que, en la práctica, las leyes ni siquiera suelen responder a la opinión más o menos clara de los legisladores que las votan, sino que son producto de un proceso de negociación donde en ocasiones se termina avalando un proyecto con el que no se está plenamente de acuerdo, para obtener a su vez el voto de los representantes de otros partidos respecto de otra norma que nada tiene que ver con la que se está sometiendo a votación en ese momento. Como sarcásticamente lo sostiene la máxima falsamente atribuida a Otto von Bismarck<sup>4</sup>, "con las leyes pasa como con las salchichas: es mejor no ver como se hacen". Bastante más sombrío es Hayek al describir este proceso del siguiente modo:

---

4 La frase en realidad pertenecería al poeta y político norteamericano John Godfrey Saxe, que la habría incluido en un artículo publicado en el año 1869 en el periódico *The Daily Cleveland Herald*, aunque popularmente se la atribuye al histórico político alemán.

"En una asamblea omnipotente, pues, las decisiones se basan en un proceso reconocido de chantaje y de corrupción. Esto forma parte desde hace mucho tiempo de un sistema al que no consiguen escapar ni siquiera los mejores. Estas decisiones para favorecer a grupos particulares tienen poco que ver con cualquier acuerdo por parte de la mayoría acerca de la sustancia de la acción de gobierno, dado que, en muchos aspectos, los miembros de la mayoría a duras penas sabrán que han dado a algún organismo poderes no bien definidos para alcanzar algún objetivo igualmente mal definido. Por lo que respecta a la mayor parte de las medidas, la mayoría de los votantes no tendrá ningún motivo para estar a favor o en contra de las mismas, a no ser el de saber que, a cambio del apoyo a quien las defiende, se les promete la satisfacción de algunos deseos. Y precisamente el resultado de este proceso de contratación es dignificado como *voluntad de la mayoría*"<sup>5</sup>.

De tal modo, siendo que no existe realmente tal cosa como la "valoración social del hecho", no se advierte qué importancia puede llegar a tener tal concepto -recurso retórico, más bien- al momento de evaluar la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Más aún, la idea de "valoración social del hecho" ni siquiera adquiere relevancia como sustento filosófico del principio, puesto que para fundarlo alcanza con advertir la injusticia que implicaría aplicar una pena por un hecho que la ley, de modo expreso, ya no considera delito o lo considera un delito menos grave, sin necesidad de invocación alguna de la siempre elusiva "valoración social". Como sostiene Ferrajoli al reflexionar sobre el principio de legalidad y la prohibición de analogía *in malam partem*:

"Está claro que la «ley previa» exigida por dichos principios es solamente la ley propiamente *penal*, es decir, desfavorable al reo. Por los mismos motivos por los que ésta debe ser irretroactiva -la injustificabilidad de agravamientos no predeterminados legalmente o que ya no se consideran necesarios-, la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más desfavorable, si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más

---

<sup>5</sup> Friedrich von Hayek; "¿Adónde va la democracia?", publicado en *Nuevos estudios en filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, pág. 131.

nueva"<sup>6</sup>.

Por otra parte, ni del texto del art. 2 del Código Penal<sup>7</sup>, ni del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>8</sup> o el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup>, se infiere la necesidad de indagar respecto de "valoración social" alguna para aplicar de pleno derecho la nueva ley más benigna respecto del imputado. Antes bien, de la mera lectura de tales disposiciones, se desprende que basta la mera constatación empírica de que la nueva ley resulta menos gravosa para el reo, para que - contrariamente a lo sostenido por el Dr. Righi- proceda su aplicación al caso concreto. Lo cual, por cierto, resulta lógico ni bien se advierte que semejante exigencia iría en desmedro del principio de estricta legalidad en material penal, dando lugar a la aplicación más o menos discrecional del principio de ley más benigna según la antojadiza interpretación judicial de su supuesta razón de ser.

En el sentido indicado, no creo ocioso insistir en que, en un sistema penal propio de un estado democrático de Derecho, la definición de lo punible no puede depender de la apreciación subjetiva del juzgador en función de criterios laxos como la "valoración social", sino que debe limitarse al texto expreso de la ley -lo cual impone, además, la exigencia de un lenguaje legal claro y de la mayor precisión posible-. Nuevamente citando a Ferrajoli, no puedo sino coincidir en que:

"La desviación punible [...] no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación

---

6 Luigi Ferrajoli; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, págs. 381 y 382.

7 Art. 2, Código Penal: "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. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

8 Art. 9, Convención Americana de Derechos Humanos: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

9 Art. 15.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*<sup>10</sup>.

En consecuencia, y si consideramos que el principio de legalidad no sólo abarca a las definiciones de aquello que es considerado delito, sino también a las normas que atenúan o excluyen la sanción penal -como lo es la disposición del art. 2 del Cód. Penal- no cabe restringir la aplicación de éstas últimas en función de criterios axiológicos que no surgen del texto de la ley. Mucho menos, va de suyo, restringir pretorianamente el principio de retroactividad de la ley penal más benigna sosteniendo que no se aplica cuando no ha mediado un cambio en la valoración social del hecho, para después además inferir, a partir de una interpretación sesgada de los antecedentes legislativos, que la Ley 26.735 -evidentemente más benigna que la Ley 24.769 en lo que hace a los montos a partir de los cuales se configura el delito- no ha buscado restringir el campo de aplicación de los tipos penales tributarios y previsionales.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el ya citado precedente "Palero", entendió que, ante un incremento en el monto exigido para la configuración del delito tipificado en el art. 9 de la Ley 24.769, cabía absolver sin más al acusado por aplicación del principio de ley más benigna, resultando ociosa cualquier otra consideración respecto de la intención del legislador o los cambios en la "valoración social del hecho". En dicha oportunidad, el dictamen del procurador fiscal -al que la Corte remitió por unanimidad- sostuvo que la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna "no parece necesitar en el sub examine de mayor debate", para concluir:

"Si bien al momento de dictarse la sentencia condenatoria y la posterior decisión del a quo aquí cuestionada, dichos importes resultaban suficientes para que su respectiva retención configurara el delito previsto en el art. 9 de la ley 24.769, la reforma operada con la sanción de la ley 26.063 es clara en cuanto a la exigencia que dicha conducta ilícita implique la omisión de ingresar los recursos de la seguridad social por una suma superior a los diez mil pesos por cada mes.

En tales condiciones, entiendo que resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del Código Penal, en tanto que la

---

10 Luigi Ferrajoli, *ob. cit.*, pág. 34.



modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional a los que se ha hecho mención"<sup>11</sup>.

Sostener, como lo hace el Dr. Righi, que la solución dada por la Corte en el caso "Palero" habría sido radicalmente distinta si de los antecedentes de la Ley 26.063 se hubiera desprendido claramente que la reforma estaba dirigida a compensar el efecto de la depreciación monetaria, es incurrir en un argumento contrafáctico de imposible verificación, en una mera conjetura infundada. Lo único verificable en el caso "Palero" es que se analizó el incremento de los montos previstos en el art. 9 de la Ley 24.769 -es decir, una situación esencialmente idéntica a la planteada por la sanción de la Ley 26.735-, ante lo cual la Corte entendió que correspondía aplicar la nueva ley por resultar más benigna. Nada indica que la solución hubiera sido otra de haberse mencionado en los antecedentes de la Ley 26.063 el tema de la depreciación monetaria, siendo que la Corte solo se limitó a constatar que la modificación legal resultaba objetivamente más benigna para el acusado, sin siquiera analizar los motivos que habían motivado su sanción. Plantear lo contrario no es otra cosa que reemplazar los hechos constatables por arbitrarias suposiciones.

Nota al margen, y sin perjuicio de lo hasta aquí sostenido respecto de la irrelevancia de la "valoración social del hecho" para la aplicación del principio de ley penal más benigna, vale mencionar que, más allá de las manifestaciones de algunos legisladores y del mensaje de elevación del proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo, tampoco resulta claro que la Ley 26.735 haya instrumentado una mera actualización monetaria que no altera la definición del hecho punible -al menos en lo que atañe a la evasión de tributos nacionales- efectuada originalmente por la Ley 24.769.

Más aún, si nos guíamos no por la relación nominal entre el peso argentino y el dólar norteamericano que el Congreso parece haber tomado como parámetro aproximado para la actualización de los montos previstos en la Ley Penal Tributaria, sino por el valor de la

---

11 CSJN, en autos "Palero, Jorge Carlos s/ recurso de casación", fallo de fecha 23/10/2007, publicado en Fallos 330:4544. Del dictámen del Procurador Fiscal, Dr. Eduardo Casal.

moneda nacional medido en términos de poder adquisitivo, deberíamos concluir que, en rigor, la nueva ley es más gravosa que la original, en la medida en que amenaza con la sanción penal a fenómenos económicos que no eran alcanzados por la pena al momento de sancionarse la Ley 24.769 en el año 1997. En tal inteligencia, no puedo sino compartir lo expresado por Becerra, quien señala:

"...la modificación de los montos no obedeció a un análisis científico de las variables económicas ocurridas desde 1997 a la fecha, sino que pareciera que sólo se tomó como referencia el cambio del peso con relación al dólar (lo cual cambia permanentemente). El valor de la moneda no debe compararse con otra moneda para sancionar las leyes, sino su poder adquisitivo, que es distinto al aumento punitivo. Cabe preguntarse entonces si no es más lógico y justo sostener que el legislador no quiso que el aumento de los montos de sanción fuera un verdadero mantenimiento del poder adquisitivo, valor del peso, sino simplemente un aumento que dista de las premisas que el ex Procurador indicaba.

Este punto es central: porque si el aumento de los montos no fue riguroso y exacto, sino aproximado, no es cierto, como sostenía el ex Procurador General, que la modificación permitió "mantener constante el valor económico real" para dar un trato igualitario a través del tiempo. Por el contrario, los montos fueron realmente modificados, no mantenidos.

Por ejemplo, podemos afirmar que el monto de evasión de 100.000 pesos en el año 1997, de ninguna manera equivale a los 400.000 pesos del año 2012. Evadir 100.000 en 1997 no es lo mismo que evadir 400.000 en 2012; es muy distinto. Entonces, la modificación no mantuvo el mismo valor punitivo, sino que lo alteró, los 100.000 pesos de hace quince años son una cifra de mayor valor real que los 400.000 pesos del 2011. El legislador se cuidó mucho de señalar de qué manera compuso esa cifra; no lo hizo con una base científica"<sup>12</sup>.

Como vemos, no son pocos los problemas que origina definir el hecho punible a partir de un monto nominal cuyo valor real está sujeto a los vaivenes de las políticas económicas implementadas por los sucesivos gobiernos. Problemas que, para colmo, no parecen

---

12 Alejandro Becerra (h.); "Modificación de los montos mínimos de evasión tributaria. Principio de benignidad", publicado en el diario *La Ley* del 26/4/2012, pág. 1.

haber sido cabalmente comprendidos por el ex Procurador al momento de dictar la Res. N° 5/2012. A continuación profundizaré algo más sobre estas cuestiones.

#### **IV. El problema de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda**

La inclusión de determinados montos a partir de los cuales resultan penalmente relevantes las conductas descritas por la Ley 24.769 tuvo como objetivo declarado la concentración del esfuerzo punitivo en la persecución de los "grandes evasores", dejando las conductas de menor lesividad en el ámbito del derecho represivo administrativo. Esa orientación político-criminal podría haber sido en su momento instrumentada de dos maneras: estableciendo una medida de poder adquisitivo para fijar el umbral de lo punible, o recurriendo para el mismo fin a un monto de dinero expresado nominalmente. El Congreso, en mi opinión equivocadamente, optó tanto en 1997 como en 2011 por la segunda opción, dejando abierta la puerta a una serie de situaciones conflictivas en las que la aplicación de la norma penal puede aparecer como injusta o inequitativa.

Aquí, nobleza obliga, hay que reconocer que el argumento del ex Procurador en punto a que "...la actualización de los montos mínimos no expresa una revaloración positiva o liberatoria del delito al que esos montos corresponden, sino la intención de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal es punible" tiene algo de razonable. En efecto, lo lógico sería que los tipos penales de la Ley 24.769 remitieran a alguna medida de poder adquisitivo constante -contemplando algún mecanismo de actualización automático o recurriendo a alguna clase de índice que refleje el valor de un conjunto determinado de bienes a través del tiempo, por ejemplo- para evitar la inequidad que implica juzgar con una misma vara fenómenos económicos claramente distintos. Sin embargo, cabe insistir, ese no fue el camino elegido por el legislador, que optó por construir los tipos penales a partir de un monto de dinero nominal que no puede ser traducido a una medida de poder adquisitivo sin violentar el principio de legalidad.

De cualquier forma, aún cuando admitiéramos la idea expresada por el Dr. Righi de que los montos previstos en la Ley 24.769 y modificados por la Ley 26.735 deben ser entendidos como una expresión de poder adquisitivo y no como un monto meramente nominal, las conclusiones a las que llevaría semejante razonamiento serían bien distintas a las formuladas por el ex Procurador General. Ello por cuanto la depreciación de la moneda nacional no se materializó en un sólo acto en la fecha de promulgación de la Ley

26.735, sino que se fue produciendo paulatinamente a lo largo del tiempo, en virtud de las distintas políticas económicas -particularmente en materia monetaria y fiscal- adoptadas entre el año 1997 y la actualidad.

Así, por ejemplo, si la suma de \$ 100.000 establecida como mínimo para la configuración de la evasión tributaria reprimida por el art. 1 de la Ley 24.769 debiera ser medida en términos de capacidad adquisitiva y, para medir ésta última, utilizáramos una canasta de bienes que a esa fecha valía \$ 100, queda claro que lo injusto no sería la aplicación retroactiva de la Ley 26.735 como lo sostiene Righi, sino haber seguido aplicando *ultraactivamente* los montos originalmente previstos en la ley pese a su evidente desactualización.

Siguiendo con nuestro ejemplo, si el delito de evasión tributaria del art. 1 de la Ley 24.769 hubiera significado evadir un monto equivalente a mil canastas de bienes de \$ 100 cada una en el año 1997 y en el año 2005 esa misma canasta hubiera tenido un valor de \$ 250, entonces quien evadió \$ 100.000 en ésta última fecha habría causado al erario un perjuicio equivalente a cuatrocientas canastas de bienes (y no las mil que el legislador consideró como umbral mínimo de punibilidad en 1997), por lo que su conducta debió haberse considerado desincriminada por quedar debajo de la medida de poder adquisitivo establecida en la ley. Resulta por lo tanto absurdo sostener que los montos de la Ley Penal Tributaria refieren a valores económicos reales y no a sumas de dinero nominales, y al mismo tiempo pretender que no le cabe la sanción penal a quien evadió \$ 399.999 en enero de 2012, pero sí a quien lo hizo por \$ 100.001 en noviembre de 2011, pese a lo evidente que resulta el hecho de que, a esa fecha, ésta última suma de dinero representaba una capacidad adquisitiva significativamente menor que en el año 1997.

A riesgo de parecer redundante, vale insistir en esta idea: si el ex Procurador tuviera razón, y las sumas contempladas en la Ley 24.769 expresaran una medida de poder adquisitivo y no un monto meramente nominal, ello autorizaría a indagar a qué cantidad de pesos equivalía esa medida de valor a lo largo del tiempo -y así establecer qué conductas fueron quedando fuera del alcance del tipo penal a través de los años- pero no a sostener que la desvalorización de la moneda nacional debe ser reputada como acontecida abruptamente de un día para otro. Podríamos decir, siguiendo esta línea de pensamiento que si, hipotéticamente, \$ 250.000 adquirían en 2005 la misma cantidad de bienes que \$ 100.000 en 1997, resultaría injusto desincriminar la conducta de quien en

aquella primera fecha evadió \$ 350.000, pero no deberíamos postular la persecución penal de quien, también en el año 2005, evadió \$ 125.000 que adquirirían la mitad de bienes originalmente contemplada por el Congreso al sancionar la Ley 24.769.

Sin embargo, toda vez que ni la Ley 24.769 ni la Ley 26.735 contemplaron mecanismos de actualización que permitan concluir que los montos en ellas previstos se refieren a medidas de poder adquisitivo y no a sumas nominales, no se advierte la forma en la cual, *sin violar el principio de legalidad y el derecho constitucional a la aplicación de la ley penal más benigna*, podría autorizarse a los jueces a indagar respecto de la evolución de la capacidad adquisitiva del peso, para colmo ignorando los datos históricos de la economía *y en perjuicio del imputado*.

La única situación en la cual la modificación de los montos previstos en el tipo penal podría no dar derecho, de modo constitucionalmente válido, a la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, es cuando los mecanismos de actualización monetaria están expresamente previstos en la norma con anterioridad al hecho atribuido al imputado -de hecho, los precedentes de la Corte Suprema citados por el ex Procurador en apoyo de su postura, corresponden precisamente a casos en los cuales la actualización de los montos de las multas se encontraba contemplada previa y expresamente en la ley-. Al respecto, coincido en que:

"En ese caso, el ajuste estaría previsto en una ley anterior al hecho y el imputado puede saber cómo, cuándo y de qué forma se modificarán los montos. Se respeta así el principio de legalidad y el de igualdad. Sólo así podría sostenerse que las modificaciones no se aplican retroactivamente, porque ya estaban previstas en la propia ley"<sup>13</sup>.

En definitiva, y aún enfatizando que, en el caso que nos ocupa, no cabe otra solución que la aplicación retroactiva de la Ley 26.735 a aquellos supuestos en que resulta más benigna para el imputado, he de reconocer que ello en parte es consecuencia de la adopción de una inadecuada técnica legislativa consistente en construir los tipos penales en base a sumas nominales de dinero, sin preveer mecanismos de actualización por depreciación monetaria. Y digo "inadecuada", no sólo por las iniquidades que conlleva semejante técnica legislativa, sino porque además abre la posibilidad de que la adopción

---

13 *Ibidem*.

de políticas fiscales y monetarias expansivas -que en el mediano y largo plazo, necesariamente, se traducen en alguna medida en la pérdida de poder adquisitivo de la moneda<sup>14</sup>- implique, como efecto colateral, una ampliación del universo de supuestos de hecho alcanzados por la sanción penal, evidentemente no prevista ni querida por el legislador.

## V. Determinación de la "ley más benigna"

El último, y quizá más curioso, argumento esgrimido por el ex Procurador General para sostener la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna en el supuesto que nos ocupa, consiste en sostener que para determinar la mayor benignidad de una u otra norma, no sólo hay que analizar las disposiciones aplicables al caso que se analiza, sino cada uno de los cuerpos legales en su conjunto. Textualmente:

"...a los efectos de evaluar el carácter más beneficioso de una ley posterior al momento de comisión del hecho imputado, debe practicarse una "comparación integral" entre las leyes en juego. Para que la ley posterior al hecho genere un derecho a su aplicación retroactiva ella debe ser más beneficiosa que la ley vigente en el momento de comisión tomando en cuenta *todas* las disposiciones de la nueva ley y comparándolas con todas las disposiciones de la ley vigente al tiempo del hecho. Una ley compleja, como la ley 26.735, bien podría beneficiar con una de sus disposiciones -por ejemplo, con el aumento del monto que fijara una frontera para la aplicación de una agravación punitiva-, pero perjudicar con otra -por ejemplo, con la inclusión de una nueva condición para la agravación punitiva que fuera independiente del monto- [...] el derecho constitucionalmente asegurado a la aplicación de la ley posterior al hecho más beneficiosa no permite escoger las disposiciones más favorables de la ley posterior y desechar las adversas, manteniendo las disposiciones más favorables de la ley derogada y omitiendo las adversas: o bien se aplica retroactivamente *toda* la ley vigente,

---

14 Sobre la cuestión, es contundente la evidencia empírica que demuestra la correlación entre las políticas monetarias expansivas y el nivel de precios -poder adquisitivo de la moneda-, lo que ha llevado a concluir que "[l]os cambios en períodos breves, tanto en determinados precios como en el nivel general de precios, pueden tener muchos orígenes. Pero la inflación continuada por largo tiempo es siempre y en todas partes un fenómeno monetario, resultado de una expansión más rápida en la cantidad de dinero que en la producción total -aunque me apresuro a agregar que la tasa de inflación exacta no va ligada en forma precisa o mecánica a la tasa exacta de crecimiento monetario-" (Milton Friedman; *La economía monetarista*, Barcelona, Altaya, 1999, pág. 36).

o bien se mantiene *toda* la ley derogada".

Son varias las razones que demuestran la falacia en que incurre el Dr. Righi en el párrafo transcrito. La primera, y más significativa, es que no existe ninguna norma que imponga la aplicación *in totum* de una de las leyes en juego en el caso de sucesión de leyes aplicables a un hecho. El art. 2 del Código Penal sólo indica que deberá aplicarse la ley más benigna de entre aquellas que se hayan sucedido entre la comisión del hecho y la extinción de la pena, pero nada autoriza a inferir que el término "ley" es utilizado en el sentido de "cuerpo normativo" y no en el de "disposición legal". Por su parte, los arts. 9 de la Convención Americana y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que el "delincuente" deberá beneficiarse de la pena más leve establecida por la nueva ley, lo que tampoco habilita a exigir que ésta última se aplique íntegramente, aún en aquello que tenga de más gravosa para el imputado. Como bien lo sostiene Pagliere:

"...el art. 2 del Cód. Penal no establece, en ningún momento, que al caso se aplicará "una ley". Tales términos, en efecto, no son utilizados por dicho artículo. El art. 2 del Cód. Penal sólo establece que ante un cambio legislativo, de las leyes en juego "se aplicará siempre la más benigna". Y nada más. La exigencia de que se aplique al caso una u otra ley *in totum*, es una interpretación doctrinaria que excede la letra de la ley"<sup>15</sup>.

Pero más allá de que la idea de que debe efectuarse una comparación integral de las leyes en juego para establecer cual de ellas es la más benigna carece de debido sustento legal, lo importante es destacar que implicaría arribar en ocasiones a resultados absurdos.

En ese sentido, hay que destacar también que es inexacto que las leyes deben evaluarse en conjunto, puesto que ello en rigor casi nunca sucederá: lo único que ha de compararse, en todo caso, son aquellas disposiciones aplicables al caso concreto contenidas en cada una de las leyes, pero nunca las "leyes" -entendidas como "cuerpo normativo"- en su integridad. Esto es claro, puesto que si hubiera que comparar *toda* la ley nueva con *toda* la ley vieja, deberíamos descartar la aplicación de la nueva ley que es más benigna para el acusado *en el caso concreto*, si *en general* -es decir, analizando aún las disposiciones que nada tienen que ver con la situación concreta analizada- resulta ser

---

15 Carlos Pagliere (h.); "Ley penal más benigna: ¿es posible la combinación de leyes?", publicado en *La Ley* 2005-C, pág. 1107.

una norma más gravosa. Imaginemos el caso de una reforma integral al Código Penal que eleva las penas de todos los delitos, a excepción de aquel por el cual se investiga al imputado, que es derogado. ¿Negaríamos en este caso la aplicación de la nueva norma que libera al reo, *so pretexto* de que en conjunto, la flamante "ley" es menos benigna que la anterior? Si lo hiciéramos, es evidente que no estaríamos aplicando la pena más leve "para el delincuente", como mandan los tratados internacionales, y la garantía de ley más benigna perdería toda virtualidad. Como vemos, el argumento del ex Procurador en el sentido de que las normas deben ser comparadas *in totum* incurre en una falsedad: las leyes en juego jamás se comparan en su totalidad, sino sólo respecto de aquellas disposiciones aplicables al caso concreto. Es decir, el art. 2 del Cód. Penal utiliza el vocablo "ley" en el sentido de "disposición legal" y no en el de "cuerpo normativo".

Podría argumentarse, sin embargo, que habiendo varias disposiciones aplicables al caso tanto en la ley nueva como en la ley vieja, debe optarse por uno u otro conjunto sin poder elegir cada disposición en particular según su mayor o menor benignidad. Un ejemplo sería el caso de quien evadió \$ 1.000.000 utilizando facturas apócrifas durante la vigencia de la Ley 24.769 original. Al momento de los hechos, su conducta hubiera estado incluida dentro de la agravante del art. 2.a, que se aplicaba al que evadiera más de \$ 1.000.000. Con la sanción de la nueva ley 26.735, la evasión por \$ 1.000.000 pasó al tipo base del art. 1, pero sin embargo se estableció una nueva agravante en el art. 2.d por la utilización de facturación apócrifa, que no requiere otro monto que los \$ 400.000 de la evasión simple. ¿Cómo se resuelve este caso? ¿Se aplica la figura agravada ya derogada del viejo art. 2.a, la figura base del nuevo art. 1, o la nueva agravante del art. 2.d?

Para resolver esta situación, no debemos perder de vista cuál es el principio general en materia de sucesión de leyes en el tiempo: la irretroactividad de la nueva ley, derivada de la aplicación de la garantía constitucional de legalidad. Ello lleva a descartar la aplicación del nuevo art. 2.d, por cuanto la utilización de documentación apócrifa no estaba considerada como una circunstancia agravante al momento de los hechos. De lo contrario, estaríamos violando la garantía reconocida por el art. 18 de la Constitución Nacional, según la cual "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". La aplicación retroactiva de la ley más benigna es sólo una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal.

Descartada la aplicación de la nueva agravante, la opción que queda es entre la figura



agravada vigente al momento del hecho, o el tipo base de la nueva ley. Algunos se verán tentados a dejar el caso dentro del ámbito de aplicación del viejo tipo agravado, puesto que si aplicamos la nueva ley, deberíamos hacerlo *in totum*, y por ende el hecho quedaría captado por la agravante que reprime la utilización de facturas apócrifas. Pero, como ya vimos, la nueva agravante no puede ser utilizada, puesto que en tal caso se violaría la garantía de legalidad. Y si la nueva agravante no puede ser aplicada, ¿por qué habríamos de descartar la aplicación del nuevo tipo base? Si la ley ya no considera que la evasión por un monto superior a \$ 1.000.000 merece una pena agravada, no existe razón alguna para vedar la aplicación de la nueva ley más benigna, con la excusa de que la ley más reciente prevé una agravante para quienes utilizan documentación apócrifa que de cualquier modo no puede ser aplicada al caso, puesto que no existía al momento del hecho.

El meollo del asunto consiste en considerar que el principio de retroactividad de la ley más benigna no exige analizar todo un paquete de disposiciones legales por el mero hecho de que hayan sido sancionadas dentro de una misma "ley", sino que implica analizar cada una de las disposiciones que pueden ser independientemente aplicadas al caso. En nuestro caso, la modificación más benigna para el imputado de la agravante establecida en función del monto de la evasión puede ser perfectamente aislada de la inclusión de la nueva agravante que contempla la utilización de facturas apócrifas. Inclusive podrían haber sido sancionadas mediante dos "leyes" distintas, sin alterar en absoluto el resultado final. Distinto hubiera sido el caso si la nueva ley hubiera afectado dos aspectos de una misma norma, que no pueden ser escindidos por formar partes de un todo con entidad lógica autónoma, como ocurriría si se modificara la escala penal imponiendo una pena máxima menor y una pena mínima mayor que las previamente existentes. En ese caso, la combinación de los aspectos más benignos de la vieja y la nueva ley no sería posible, puesto que no estaríamos aplicando "la ley más benigna", sino una tercera ley creada pretorianamente con una escala penal *ad hoc* formada por el mínimo de la ley vieja y el máximo de la ley nueva. Sin embargo, esto no es lo que acontece respecto de las modificaciones introducidas al régimen penal tributario por la ley 26.735, que afectan institutos que pueden ser considerados en forma independiente.

Para aportar claridad a esta cuestión, no puedo sino retomar el ya citado artículo de Pagliere:

"El quid de la cuestión reside en que los juristas han entendido infundadamente que la combinación de leyes habilitaría la posibilidad de hacer tan improcedente composición de escalas penales. Pero tal posibilidad no existe. La combinación de leyes no permite hacer, bajo ningún punto de vista, una composición de dos escalas penales. Cuando el legislador, por ejemplo, modifica elementos típicos restringiendo el alcance de una agravante y creando otra [...] en realidad, realiza dos reformas independientes, aunque lo haga a través de una misma ley. En cambio, con las escalas penales ocurre algo muy distinto. El legislador al cambiar el mínimo y el máximo de la escala penal no realiza dos reformas, sino efectúa una sola. Realiza una sola reforma que modifica el marco dentro del cual debe individualizarse la pena, pues cada escala penal constituye una unidad inescindible. La escala penal no es el máximo ni el mínimo legal, sino que es el margen comprendido dentro del máximo y del mínimo, el cual constituye una unidad. Para realizar una combinación de leyes, necesariamente debe haber dos reformas, una más benigna y otra más gravosa, lo cual no ocurre con la modificación de una escala penal. Y entonces, para la determinación de la ley aplicable al caso, el magistrado debe determinar cuál de ambas escalas legales es más benigna en el caso concreto"<sup>16</sup>.

En conclusión, no es cierto lo que sostiene el ex Procurador en punto a la necesidad de comparar en conjunto las leyes en juego para determinar cual de ella es más benigna. No existe norma alguna que exija semejante evaluación integral -que por otro lado llevaría en muchos casos a violentar la garantía de legalidad-, y tampoco es una exigencia que venga impuesta por las reglas de la lógica. La invocación de tal regla de interpretación es un simple recurso a un formulismo vacío para negar la aplicación del principio de ley más benigna, sin siquiera explicitar las razones concretas que supuestamente permitirían concluir que la nueva norma es en realidad más gravosa que la anterior.

## **VI. Conclusiones**

Según hemos visto hasta aquí, no existen verdaderas razones, al menos en el marco de nuestro ordenamiento penal y constitucional, para vedar la aplicación del principio de retroactividad de la ley más benigna respecto de aquellos hechos que hubieran quedado

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

desincriminados o sujetos a una pena más leve por aplicación de los nuevos montos previstos en la Ley 26.735 para la configuración de los delitos tipificados en los arts. 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 24.769. Los argumentos vertidos en tal sentido por el ex Procurador General en la Resolución PGN N° 5/2012 deben ser entendidos más como la expresión de una corriente ideológica que busca restringir las garantías constitucionales de que gozan los individuos a los que se imputa la comisión de determinada clase de delitos, que como una derivación lógica y razonada de nuestro Derecho vigente.

En particular, debemos recordar que, contrariamente a lo postulado por el ex Procurador:

- La "valoración social del hecho" no es un criterio útil ni relevante para establecer cuando una ley es más benigna que otra. Esa mayor o menor benignidad debe dirimirse a partir del texto expreso de las normas en juego, y no partiendo de meras opiniones sin fuerza normativa, tales como los discursos de los legisladores en el Congreso, o los mensajes de elevación de proyectos de ley provenientes del Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el art. 2 del Código Penal, imponen la aplicación automática y de pleno derecho de la nueva ley más benigna, sin que tal aplicación pueda ser evitada por vía pretoriana y en contra de la letra expresa de la norma.
- Aún suponiendo que corresponde indagar respecto de la "valoración social del hecho" o la "intención del legislador", tampoco es seguro que la Ley 26.735 haya buscado una mera actualización de los montos previstos en la Ley 24.769, sin alterar la definición del hecho punible. En efecto, los nuevos montos no son equivalentes en términos de poder adquisitivo a los originalmente contemplados por la Ley 24.769, y la pretendida actualización no resulta de una aproximación científica a la evolución de la capacidad adquisitiva del peso, sino con una estimación tentativa de su relación con el valor del dólar norteamericano en términos nominales.
- Al no encontrarse previstos mecanismos de actualización de los montos previstos en la ley, debe concluirse que la construcción de los tipos penales ha sido efectuada con referencia a valores nominales, y no a una medida objetiva y permanente de poder adquisitivo. Ello lleva a concluir que el incremento de dichas sumas ha modificado, de modo más benigno para los imputados, la definición de los hechos punibles por la Ley Penal Tributaria.

- A los efectos de la aplicación del principio de ley más benigna, no corresponde comparar *in totum* los distintos cuerpos normativos en juego, sino sólo las disposiciones aplicables a cada caso concreto, las cuales tampoco deben ser analizadas en forma conjunta según se encuentren incluidas en la nueva o en la vieja ley. La combinación de las disposiciones más benignas de la nueva y la vieja ley no sólo es posible en la medida que constituyan institutos autónomos, sino que es la única vía para hacer efectiva la aplicación de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna y evitar caer en resultados absurdos.

En todo caso, cabe recordar que la desincriminación de aquellas conductas que involucran montos menores a los establecidos por la Ley 26.735 es producto de una defectuosa técnica legislativa que ha optado por estructurar los tipos penales a partir de sumas nominales de dinero, omitiendo la inclusión de mecanismos de actualización que permitan mantenerlas incólumes como expresión de poder adquisitivo frente a las fluctuaciones del valor del peso argentino. Que tal desincriminación pueda parecer a algunos axiológicamente indeseable, no habilita bajo ningún concepto a pasar por alto principios constitucionales que forman parte del acervo del Derecho Penal Liberal, ni a sostener soluciones que violentan el expreso sentido de la ley.