

## **Resolución 5/2012-PGN**

Buenos Aires, 8 de marzo de 2012. (BO. s/p)

### **VISTO:**

Las modificaciones introducidas por la Ley 26735 (BO 28/12/2011) ([click acá](#)), sancionada por el Congreso de la Nación el 22 de diciembre de 2011 y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 27 de diciembre de 2011; y

### **CONSIDERANDO:**

El pasado 22 de diciembre de 2011, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.735 que introdujo modificaciones a la Ley Penal Tributaria (ley 24.769) y al artículo 76 bis del Código Penal. Entre las modificaciones que introdujo, la nueva ley ajustó los montos a partir de los cuales son punibles algunos de los comportamientos que la Ley Penal Tributaria criminaliza. Así, la evasión simple del artículo 1 de la ley 24.769, que era punible sólo si el monto evadido excedía los cien mil pesos por cada tributo y por cada ejercicio anual, a partir de la nueva ley lo es sólo si ese monto supera la suma de cuatrocientos mil pesos; la agravación de la pena en virtud del monto evadido prevista en el artículo 2, inciso (a), que era aplicable si la suma superaba el millón de pesos, es aplicable ahora sólo si es mayor a cuatro millones de pesos; el delito del artículo 3, que era punible sólo a partir de cien mil pesos? lo es ahora sólo a partir de los cuatrocientos mil pesos; etc.

Esa variación de los montos que fijan las fronteras de la punibilidad ha generado una expectativa de impunidad entre los imputados por delitos de la Ley Penal Tributaria cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley y por montos que excedían los mínimos del régimen original pero que no superan los mínimos del nuevo, mediante la aplicación retroactiva de la nueva ley que, en ese aspecto, resultaría más beneficiosa. En parte, esa expectativa se funda en una lectura desafortunada del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado in re "Jorge Carlos Palero" (Fallos: 330:4544) -en el que se aplicó retroactivamente la regla de la ley 26.063 que modificó el artículo 9 de la ley Penal Tributaria aumentando de cinco mil pesos a diez mil pesos el monto mínimo a partir del cual el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social era punible- según la cual la doctrina de esa decisión daría fundamento a un derecho a la aplicación retroactiva mecánica de toda ley que aumenta los montos mínimos a partir de los cuales son punibles delitos como los de la Ley Penal Tributaria. En estas circunstancias, resulta conveniente precisar la doctrina de esta Procuración General en materia de la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna a las normas que disponen aumentos de las sumas de dinero que establecen fronteras de punibilidad, como los aumentos dispuestos por la ley 26.735, para evitar así una aplicación mecánica y ciega de lo decidido en "Palero" a casos para los que no corresponde esa solución.

Al dictaminar en el caso "Héctor Torea" (Fallos: 330:5158) tuve oportunidad de exponer la interpretación que considero correcta en materia de retroactividad de la ley penal más benigna en general. De acuerdo con esa interpretación, la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna a la que se tiene derecho en virtud de las disposiciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no consiste en la aplicación

mecánica o irreflexiva de cualquier ley posterior al hecho imputado por la sola razón de que 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. Pues sólo si lo fuera, tendría ese imputado el derecho que aseguran las dos cláusulas citadas del derecho internacional de los derechos humanos.

De ese modo, en mi dictamen en el caso "Torea" defendí la tesis de que la variación de las leyes de prescripción de la acción penal "que sólo expresan la decisión del Estado de auto-limitarse hacia el futuro aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal" no generan un derecho a su aplicación retroactiva cuando un nuevo cómputo de la prescripción con arreglo a la nueva ley resultaría favorable al imputado en su caso concreto, precisamente porque tales leyes "no traducen un cambio en la reprobación social del hecho" (cf. dictamen en Fallos: 330:5158, pág. 5170).

El aumento de los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria que dispuso la ley 26.735 respondió al objetivo principal de actualizarlos compensando la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el período de vigencia de la ley 24.769. En efecto, en el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto que –con reformas- se convertiría más tarde en la ley 26.735 se sostuvo que el ajuste propuesto propiciaba "adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, considerando el tiempo transcurrido desde su sanción. Ello con el fin de mantener una razonable proporción entre las distintas figuras típicas consideradas y la magnitud de la afectación del bien jurídico protegido en relación con el contenido del injusto de los diferentes delitos" (cf. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Extraordinarias 2011, Orden del Día N° 6, pág. 4).

Si bien el texto finalmente sancionado no coincidió plenamente con el del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional al que refiere el mensaje de elevación, la divergencia en los montos de los aumentos finalmente dispuestos sólo revela una diferencia respecto de la estimación de la actualización necesaria. La discusión parlamentaria revela que la actualización que finalmente se reflejó en la ley sancionada –producto de multiplicar por cuatro los montos mínimos de la ley 24.769- pretendió compensar aproximadamente la depreciación de la moneda nacional frente al dólar estadounidense ocurrida desde la sanción de la ley modificada. Son explícitos a ese respecto el diputado Gil Lavedra, quien se pronunció en favor del criterio adoptado, y el diputado Prat Gay, quien sin embargo lamentó que ese fuera el criterio que logró consenso entre los legisladores (cf. Versión taquigráfica provisoria, págs. 204 y 214, respectivamente).

Más allá del acierto o el error del criterio escogido para la actualización de los montos, la discusión parlamentaria no deja dudas acerca de que la intención de los legisladores en este aspecto de la reforma fue la de actualizar esas sumas a fin de mantener el objetivo perseguido con la adopción de la ley 24.769 en 1997, a saber, el de limitar la persecución penal por los delitos tributarios a aquellos que superan cierto umbral de valor económico. La ley 24.769 enunció ese umbral para cada delito en una suma determinada de pesos. De acuerdo con la estimación –más o menos acertada- del Congreso, la moneda en la que estaban expresados esos valores económicos se ha depreciado desde entonces en cuatro veces, lo que equivale a reconocer que el mismo valor económico corresponde hoy a una suma de pesos cuatro veces mayor, y una misma suma de pesos corresponde hoy a un valor económico cuatro veces menor. Así,

al aumentar en cuatro veces los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria, el Congreso no pretendió expresar un cambio en la valoración social de los comportamientos que justificó la adopción de la ley 24.769. Antes bien, su objetivo en este aspecto de la reforma fue corregir los efectos de la depreciación de la moneda nacional en la que fueron expresados los montos mínimos, a fin de mantener en los hechos una política criminal en línea con aquella valoración original.

El proyecto del Poder Ejecutivo incluía una regla -finalmente excluida del texto sancionado- que hacía explícito que "[e]l monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados en la presente, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna"; y disponía que "[e]n los hechos cometidos con anterioridad resultarán aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión" (cf. art. 15 del proyecto del Poder Ejecutivo). La cláusula desapareció del texto que finalmente las Comisiones de Legislación Penal y de Presupuesto y Hacienda elevaron para consideración de la Cámara de Diputados, sin que haya habido durante la discusión parlamentaria ninguna alusión a la razón que motivó la remoción. La única mención vinculada al asunto simplemente dio por sentado que la adopción de los nuevos montos tendría como consecuencia "la liberación de todos aquellos que están imputados por haber cometido evasiones inferiores al monto nuevo" en virtud de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (cf. Versión Taquigráfica, Cámara de Senadores de la Nación, Período 129º, 16º Reunión, 2º Sesión extraordinaria, 21 y 22 de diciembre de 2011, pág. 166).

La creencia de que el derecho constitucional argentino obliga llanamente a una aplicación retroactiva del aumento de los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria es, sin embargo, errónea. En efecto, al caso de la actualización de los montos mínimos de la Ley Penal Tributaria le es aplicable, mutatis mutandis, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de actualizaciones de las sumas previstas como pena de multa.

En el precedente publicado en Fallos: 315:923, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó la doctrina -que los jueces Belluscio y Petracchi habían postulado antes, al emitir sus votos en la sentencia de Fallos: 310:1401- según la cual la prohibición constitucional de leyes penales ex post facto no alcanza a las disposiciones legales que reajustan el monto de las multas, pues ellas no "hace[n] a la multa más onerosa, sino que mantiene [n] el valor económico real de la moneda frente a su progresivo envilecimiento". Más aún, la doctrina de la Corte es que "la no actualización de la multa sería violatoria de la igualdad que prescribe el art. 16 de la Constitución, ya que el sacrificio económico impuesto a quienes hubieran cometido el mismo hecho en igual época variaría en relación con las oscilaciones del valor de la moneda (cf. también Fallos: 319:2174, considerando 5º, sin cursiva en el original).

De acuerdo con esa doctrina, la actualización del monto de una multa no constituye una agravación de la pena si ella está dirigida a asegurar que personas que cometieron delitos idénticos en un mismo momento se enfrenten a penas de multa de idéntico valor económico a pesar de que unos sean sancionados más tarde que los otros en un contexto en el que la moneda en la que está expresado el valor de la multa se deprecia. En ese contexto, la actualización garantiza un trato igualitario a través del tiempo.

De modo semejante, la actualización del monto mínimo a partir del cual los delitos de la Ley Penal Tributaria son punibles está dirigida a mantener un tratamiento igualitario a través del tiempo entre maniobras de valor económico equivalente en un contexto en el que la moneda en la que fue expresado ese valor se ha depreciado. Así como la actualización de una multa no expresa una revaloración negativa o agravatoria del comportamiento al que se asigna esa pena, sino la pretensión de mantener constante una

forma de trato punitivo ante la variación del valor de la moneda, 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.

Esa observación, junto con la doctrina general sobre retroactividad de la ley penal más benigna que recordé en la sección II, lleva a la conclusión de que la ley 26.735, en la medida en que actualizó los montos que fijan las fronteras de punibilidad de la Ley Penal Tributaria para compensar la depreciación sufrida por la moneda en la que están expresados, no genera un derecho a la aplicación retroactiva en virtud del principio recogido en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La conclusión a la que se ha arribado en la sección anterior no contradice la doctrina implícita en la decisión de la Corte Suprema en el caso "Palero" (Fallos: 330:4544). En efecto, en ese precedente, la Corte aplicó retroactivamente el artículo 13 de la ley 26.063 que había aumentado el monto a partir del cual era punible el delito de apropiación indebida de aportes de la seguridad social del artículo 9 de la Ley Penal Tributaria, en un caso en el que el acusado se veía beneficiado por la modificación legal. Sin embargo, la modificación del monto del artículo 9 que introdujo la ley 26.063 no estuvo dirigida a actualizar la suma original para compensar el efecto de una depreciación monetaria. O al menos no hay ninguna indicación en los antecedentes legislativos de esa norma que autoricen una interpretación distinta.

El objetivo explícito de la ley 26.063 fue el de crear un régimen integral, fundamentalmente administrativo, para el control del cumplimiento de los aportes previsionales y las contribuciones de la seguridad social, replicando en gran medida el régimen existente para el control impositivo. Junto con la creación de ese régimen, la ley incluyó una modificación del artículo 9 de la ley 24.769, en la que incorporó una distinción entre la cláusula referida a la infracción del régimen previsional y la que refiere al régimen de la seguridad social -cuando antes no había distinción elevó el monto que fija la frontera de punibilidad de cinco mil a diez mil pesos por mes e incluyó un último párrafo procedimental. Ni en el mensaje de elevación del proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional, ni en la discusión parlamentaria se adujo que la elevación del monto respondía a una necesidad de reajustar la suma original para contrarrestar un proceso de depreciación monetaria.

Así, en ausencia de evidencia legislativa en contrario, la Corte en "Palero" no pudo sino interpretar que la variación del monto respondía al interés del Congreso de reducir el conjunto de hechos punibles alcanzado por la regla del artículo 9 de la Ley Penal Tributaria que la nueva ley modificaba. En esas condiciones, concluyó con razón que la modificación legal generaba en el caso del señor Palero un derecho a la aplicación retroactiva de la nueva ley en virtud de las disposiciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Corresponde finalmente hacer una aclaración. Las consideraciones que se han realizado a lo largo de esta resolución -en el sentido de que el aumento de montos dispuesto por la ley 26.735, por ser una actualización para compensar una depreciación monetaria, no genera un derecho a su aplicación retroactiva en los términos de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- no pretenden negar que haya otras razones independientes que puedan también justificar el rechazo a la pretensión de una aplicación retroactiva de los nuevos montos legales. En especial, ha de tenerse en cuenta que, 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-. Como lo he sostenido en otras oportunidades (cf. por ejemplo, dictamen en Fallos: 330:5158, especialmente págs. 5171 s.), 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, o bien se mantiene toda la ley derogada. Los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconocen un derecho a la aplicación de una ley que, en rigor, nunca existió.

Por todo lo expuesto, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 33, inciso d), de la Ley Orgánica del Ministerio Público,

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

RESUELVE:

Artículo 1: Instruir a los señores fiscales con competencia en materia penal para que adopten la interpretación señalada en los considerandos y, en consecuencia, se opongan 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.

Artículo 2: Protocolícese, notifíquese a todos los fiscales con competencia penal de este Ministerio Público Fiscal, publíquese en el Boletín Oficial y, oportunamente, archívese.

Esteban Righi- Procurador General de la Nación