

## La sucesión de leyes penales y su integración en relación con la conducta típica

Mario Villar

El tema de mi exposición es la aplicación del principio de la ley penal más benigna en la sucesión de leyes en el tiempo, en particular con relación a la reforma de ley penal tributaria y el artículo primero básicamente.

Esta problemática, bueno, todos saben parte de que el principio ley penal más benigna no solo está arraigado en nuestro Código Penal, sino que tiene jerarquía constitucional con los arts. 35 inc. 22, de la CN, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el contexto de la temática a abordar, surgen dos preguntas al principio. Una es si el principio de ley penal más benigna, como excepción a la retroactividad de la ley penal, rige para cualquier modificación de la ley penal. Cualquier modificación que la haga más benigna, automáticamente implica la aplicación del principio, o como segunda pregunta, derivada de aquella, si la modificación de los montos esta ley la hace una ley penal más benigna.

Stratenwerth considera que el fundamento de la no retroactividad, es decir el principio de legalidad, es doble. Por un lado dice: “se dirige a la confianza del Ciudadano en el sentido de que la calificación jurídico penal del hecho no será ulteriormente transformada en su perjuicio”. Y el segundo fundamento que da, es “que se trata de una formulación especial en sentido constitucional de ley que exige que la descripción sea general y abstracta para evitar el abuso del poder del estado”, tratando de aplicar las situaciones anteriores, las leyes posteriores.

Cuando se refiere a la excepción, es decir la aplicación del principio de ley penal más benigna, dice que: “corresponde si la modificación de la ley implica una transformación de la valoración ético social por parte del legislador”. La confianza del ciudadano, que se refiere Stratenwerth, se basa en que el estado no intentará aumentar las penas o calificar las conductas como delictivas con leyes posteriores, tratando de abarcar casos anteriores a su dictado. A su vez si la nueva ley está reconociendo un error del legislador, o un cambio de perspectiva del legislador con relación a lo que prohibió u ordenó anteriormente; y la nueva ley corrige ese error desincriminando o reduciendo la punibilidad. Es imperativo aplicar la nueva ley para afianzar la confianza de los ciudadanos, en que el Estado reconoce su error y no persevera en el mismo sino que lo corrige.

Esta misma idea, está detrás de esta explicación, es la que sostiene el procurador general en el caso clásico Frigorífico Yaguare, que dice cuando el órgano competente advierte que la disposición anterior no sirve adecuadamente al interés para el cual se dictó, necesariamente deja de regir. Se aplica la ley más benigna posterior. Mientras que si no hubo un error no hay una corrección o reconsideración de la postura anterior o de un exceso anterior, la nueva ley no responde a un cambio en el disvalor del hecho para el legislador, por el cual había sido prohibido u ordenado. La nueva ley entonces, si es así, no debe regir para el pasado. Pues minaría la confianza de los ciudadanos en el cumplimiento de las

leyes, porque siempre sería posible esperar a que la ley fuera derogada para responder penalmente.

Esta idea del error previo, o del cambio de criterio en el legislador es la que la doctrina se identifica como un cambio en a política criminal, un cambio valoración jurídica, por ejemplo, Rosin indica que solamente se beneficia el imputado por la aplicación del principio de ley penal más benigna, si el cambio se debe a una modificación de la valoración político - criminal, pero no si se debe a un cambio de circunstancias fácticas. Y expresamente cita como ejemplo en circunstancias económicas.

En la misma línea podemos encontrar también en Bieshe una apreciación similar, que se refiere a que el principio de ley más benigna rige solo cuando hay un cambio en la concepción del legislador. Esta distinción es bastante antigua, Silva Sánchez ya hacía esta diferenciación cuando se trataba de cambio legislativo por nuevas circunstancias. Mientras cuando había un cambio, no de nuevas circunstancias, sino de solo allí regía el principio de ley penal más benigna.

Esta interpretación de que el principio, respondiendo a la primera pregunta, que el principio de ley penal más benigna no opera automáticamente, sino que hay que analizar como es el caso, como analizar el tipo de cambio que hubo en la legislación, se contraponen a la postura de la interpretación literal del artículo dos. Recuerden que el artículo dos dice que si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que existe al pronunciarse el fallo, o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más beneficiosa.

Esta redacción no difiere del art. 2.3 de Código Penal alemán, donde se dio esta discusión que acabo de citar. Puesto que este artículo o párrafo, dice que si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión entonces ha de aplicarse la más benigna.

La teoría, como interpretación literal, se opone como decía antes a la idea del cambio en las circunstancias de política criminal o en la valoración del legislador.

Entonces lo que hay que determinar, si no se cita esta interpretación literal es, si en la Ley N° 26.735, se ha dado un cambio en la política criminal o en la valoración del hecho por parte del legislador.

En cuanto a la modificación producida por la reforma del código penal en España de estos mismos delitos, la doctrina ha sostenido que habría que decidir si las modificaciones cuantitativas de estos últimos delitos mencionados, de hacienda pública y seguridad social, entran de lleno en la categoría de cambios fácticos. Motivados unilateralmente por razones coyunturales, que impedirían la aplicación del principio de ley penal más benigna, por tratarse de cambios de la naturaleza exclusivamente económica, de adecuación al valor adquisitivo de la moneda, a la inflación o al incremento del nivel de vida.

Nótese que en el caso de la Ley Penal Tributaria, cuando fue sancionada, el art. 1, el monto de cien mil pesos coincidía con cien mil dólares. Y la nueva ley hace una actualización por cuatrocientos mil pesos que coincide prácticamente con la actualización al dólar del cambio oficial cuando se dicta la ley.

Esto está claro en la discusión parlamentaria, por ejemplo, en la intervención del diputado Gil Lavedra dice: “por lo tanto, junto con los colegas de otros bloques estimamos prudente realizar la actualización, no por el INDEC, no por los INDEC de las provincias o consultoras, sino por la cotización del dólar oficial. Y el diputado Prat Gay en sentido concordante dice: “solo tengo que lamentar que tales montos hayan sido ajustados de acuerdo al dólar estado unidense”.

En el debate parlamentario toda la discusión a cerca de la modificación de los montos es en pos de una actualización, simplemente.

Esta cuestión puede verse desde la perspectiva temporal si analizáramos al legislador en dos momentos estáticos al momento del dictado de la Ley N° 24.769, y de la Ley N° 26.735, veríamos si al momento de establecer el monto en la ley anterior, se trató de proteger un cierto nivel con relación al bien jurídico, y ver si en el segundo momento se intentó cambiar o simplemente mantener el mismo nivel que tenía la ley anterior. Si llegáramos a esta última conclusión no se aplicaría el principio de ley penal más benigna.

Cuando el legislador reafirma su posición político criminal no hay aplicación de principio de ley penal más benigna.

La Corte Suprema ha sostenido en este sentido, que en general y de acuerdo con el criterio precedente que cita en este párrafo, “esta corte rechaza la aplicación indiscriminada del art. 2, del Cód. Penal, en materia económica, bajo la exigencia, formulada de distintas formas, de que la nueva legislación represente la creación de un ámbito de libertad mayor”. A su vez también establece aquí, para que se pueda aplicar el principio de ley penal más benigna, una modificación en la concepción represiva que sustenta la ley penal anterior, debe haberse producido, esto lo dice en el fallo “Constancio Vigil”. Reafirmando la distinción doctrinaria entre cambio de circunstancias fácticas y cambio en la política criminal o de valoración del legislador.

Cabe mencionar, para mostrar que la Corte no ha mantenido un criterio del todo coherente en esta materia, el caso “Paleo”, que es el último, que la Corte resuelve, que se refiere a la actualización de montos con relación a la retención indebida de recursos de la seguridad social. Y allí el cambio de montos, la corte adhiriendo a los fundamentos del procurador fiscal, dice que sí amerita el principio de Ley penal más benigna. Cuando el procurador fiscal argumenta en favor de esta ampliación, sostiene que se ha producido una importante modificación, pero la importante modificación fue solamente del monto, que el procurador fiscal atribuye a un cambio del tipo penal.

Con lo cual puede entenderse que este último fallo en realidad rompe con la línea de los fallos anteriores de la corte, en los que no se hacían aplicación criminal, no se recurría a una interpretación literal del artículo 2, y aparentemente este caso se habría recurrido sí a esa interpretación literal.

Habría que ver como resuelve a futuro la corte, un fallo que tal vez, la corte se detenga a fundamentar, y no a mirar a la postura del procurador fiscal.

Entonces hasta aquí, sacando esta digresión, este desvío del fallo de la corte, la conclusión provisional sería que, no hay ningún elemento para sostener un cambio de política criminal,

o de valoración jurídica del hecho por parte del legislador y por lo tanto no sería aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Otro argumento, que está vinculado ante el cambio de política criminal es el de las leyes temporales. Se sostiene que cuando existe una ley temporal rige el principio de ultractividad de la ley penal. Es decir no se aplica la ley penal más benigna posterior, sino que sigue rigiendo la ley temporal. Porque sino no tendría sentido político - criminal el haber vetado esa ley.

Pero también hay un criterio de leyes temporales en un sentido amplio. Las leyes temporales en sentido estricto, como les decía, lo que establecen es un expreso tiempo de vigencia. Mientras que leyes temporales en sentido amplio, implícitamente contiene una limitación a la duración de su vigencia, relativa a coordenadas temporales específicas, por ejemplo: razones socioeconómicas, coyunturales, excepcionales o incluso cuando la necesidad de pena han desaparecido causas que han motivado el dictado de la norma desaparecieron.

Si nosotros aceptáramos el criterio de que existen leyes temporales en sentido amplio, y que las leyes que establecen montos, para con condiciones de punibilidad, en pesos necesariamente son cambiantes porque la situación económica varían día a día, las leyes tributarias que establezcan en condiciones de punibilidad en montos en pesos, son leyes temporales en sentido amplio. Por lo tanto no les sería aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

La segunda conclusión provisional con base en las leyes temporales, es que tampoco por medio de esto se podría aplicar el principio de ley penal más benigna.

Cuando el legislador realiza la modificación de la ley. Tuvo quince años de vigencia la ley anterior. Reconoce explícitamente que había un desfase entre los cien mil pesos al momento de dictado de aquella norma y los cien mil pesos al día de hoy, es decir al día que comenzó a regir la nueva ley. Y esto es la base para un argumento contrario a las conclusiones provisionales anteriores.

Cuando el legislador dicta la nueva ley, reconociendo esta situación, reconoce también que acá hay una cierta injusticia en las cargas penales. El legislador esta diciendo que la lesión al bien jurídico que se pretendía en un primer momento, léase entrada en vigencia de la ley anterior, no se está logrando proteger con las evasiones que apenas superen el monto de la condición de punibilidad.

Fíjense que en la discusión parlamentaria, este tópico surgió también, y se dijo, por ejemplo, que consideramos lógico actualizar los montos, y tornar razonable la punibilidad del delito de acuerdo con la magnitud de la afectación al bien jurídico tutelado.

También se expresó que gran parte de los casos ha quedado desactualizados, que esto genera una distorsión de la política criminal al forzar la persecución de casos de escasa relevancia. Por ultimo que cita este tema, sostiene “que mantener una razonable proporción entre magnitud de la afectación al bien jurídico el contenido injusto de los delitos. En definitiva nadie discute que los valores que figuran hoy atrapan conductas, que

no fueron originalmente consideradas, lo suficientemente relevantes para ser perseguidas penalmente.”

El legislador está reconociendo esta redistribución de cargas penales con la nueva ley. Esta reconociendo que tardó demasiado en reformar la ley tributaria. Y por lo tanto, también es consciente de que se produce un desfase entre el texto y la protección del bien jurídico.

La cuestión es quién se hace cargo de este desfase. El Estado aplicando la ley penal más benigna? Absolviendo, sobreseyendo a todos, incluso a los que cometieron un hecho relevante como lesión del bien jurídico? ¿O lo carga sobre los imputados? persiguiendo penalmente y amenazando con penas a todos.

Mientras la ley no cambio debe darse el principio de legalidad, porque el principio de legalidad establece bajo la condición de ley cierta, que debe describirse con claridad cuál es el hecho que se considera delito. Y por lo tanto el monto formaba una condición de claridad de la descripción. Pero cuando el propio legislador cambia, ya el principio formal de legalidad, tiene una opción, la aplicación de la nueva ley, como más benigna.

Claro que aplicar el principio de ley penal más benigna, tiene un costo, como les decía antes, que algunos que sí lesionaron el bien jurídico, en la medida adecuada a la finalidad de protección de la norma, también quedan abarcados por este principio. Algunos culpables serán absueltos, serán sobreseyidos en realidad, pero descripción general.

Pero más importante resulta evitar la injusticia para que el valor nominal de cien mil pesos no significó una lesión a la verdadera norma penal, si no se aplicara el principio de ley penal mas benigna, estas personas imputadas resultarían perjudicadas, pues sus evasiones, aun superando los cien mil pesos, en sentido formal, cumplieron con la norma. En sentido material, no lesionaron el bien jurídico en la medida para la cual fue creada esa norma.

La norma la no aplicación retroactiva haría una tabula rasa en casos que no son iguales entre sí. Y esto afectaría alguna dimensión material del principio de igualdad ante la ley por eso la legislación penal con montos incluidos, y la misma ley penal es una técnica, de legislación difícilmente adecuada, y que sería más propio de una materia como la económica que es legislar una ley extra penal. Con el compromiso que implica esto. Entre certeza y prevención.

En definitiva a pesar de que no hubo cambio de política criminal o en la valoración jurídica por parte del legislador en esta clase de delitos. La no retroactividad generaría casos contrarios al axioma, de que es preferible no castigar al culpable antes de castigar al inocente, pues se estaría condenando a una serie de personas que no afectaron el sentido sustancial del bien jurídico.

A su vez la igualación en favor de la punición mantiene la intervención penal cuando ella no sería necesaria frente a la ausencia de lesión suficiente. Lo cual sería incumplir el principio de ultima ratio del derecho penal. Cuando el derecho penal no es necesario e imprescindible debe retirarse. A su vez la función del castigo penal, se vincula con la prevención. En cualquiera de sus formas, positiva, negativa, general o especial, sin la cual,

sin la función de prevención, no hay necesidad de pena. La pena se vuelve no justificada desde el punto de vista moral.

Salvo para la retribución positiva, que sería la única teoría, que ante un cumplimiento formal siempre y a cualquier tiempo exigiría el castigo.

En definitiva en conjunción el principio de ultima ratio y del lesividad del art. 19 implica que la solución adecuada aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

Como conclusión en este punto quiero dejar en claro que los fundamentos propios o directos de la aplicación del principio de ley penal más benigna no están dados, no se cumplen, como dije al principio con las conclusiones provisionales.

Desde la perspectiva de una interpretación teleológica, en este caso, no debería aplicarse por fundamentos propios del principio de ley penal más benigna este principio a este caso. Con lo cual se llegaría a una interpretación diferente de la interpretación literal que mencioné antes.

Sin embargo acudiendo a una interpretación de segundo nivel más sistemática, que tiene que ver con la distribución de cargas penales, frente a la actividad legislativa del Estado y con los principios que le mencioné de lesividad y de ultima ratio. En esta interpretación más amplia, también teleológica si debe aplicarse el principio de ley penal más benigna porque es la única solución posible para evitar la injusticia de la atribución de responsabilidad a aquellos que no lesionaron el bien jurídico.

En segundo punto, después en la conclusión final volveré sobre este tema, pero el segundo punto que quería tratar muy brevemente es el de la suspensión del proceso a prueba. También problemas de aplicación del principio de ley penal más benigna.

Aquí hay una forma simple de acercarse al problema es determinar si la suspensión del proceso a prueba, es un instituto procesal meramente o sustantivo. Para partir de la clásica distinción en que el principio de legalidad solo se aplica a las normas penales, no a los procesales.

Si nos atenemos a lo que sostiene la doctrina de suspensión del proceso a prueba, tiene los siguientes fundamentos: reducir la actividad procesal y otorgar una salida alternativa a la sanción penal, descomprimir la labor de la justicia penal, dar mayor eficacia a la persecución de los delitos de mayor gravedad y robustecer los límites del poder punitivo.

Es decir que tiene una finalidad que puede ser interpretada como meramente procesal, las dos primeras, mientras que la última, robustecer o delimitar limitar el alcance del poder punitivo es una función sustantiva. Con lo cual, se podría aplicar el principio de legalidad sobre esta norma, y no regiría la norma más nueva.

En ciertos casos, para hacer una comparación del principio de oportunidad, el Estado dice, puedo perseguir, pero no quiero. Mientras que en la suspensión del proceso a prueba, dice no puedo perseguir aunque quisiera porque la pena no es una alternativa justificada. Caso contrario estaría haciendo una aplicación excesiva, del poder punitivo.

Sin embargo esto no quiere decir que el legislador no pueda modificar su criterio, pero si lo modifica no puede pretender que tenga validez hacia el pasado.

El trasfondo de esta discusión no es discernir si la norma es procesal o sustantiva, sino que se trata de establecer si el legislador solo cambió el camino o método para llegar a una adjudicación de responsabilidad o inocencia, en la que cualquiera sea el resultado si se respetó el procedimiento va a ser válida o correcta. O si el legislador cambio el objetivo político criminales con el cambio normativo. Los cuales pueden ocurrir por vía una modificación de una norma sustantiva como de una norma procesal.

Si el legislador solo quiere, por ejemplo, un proceso más rápido puede ser una modificación meramente procesal. Ahora si quiere que sea más rápido recortando ciertas garantías va a ser una modificación sustantiva. O si quiere el legislador que haya más sentencias condenatorias está modificando la base político criminal del proceso, y no puede pretender una aplicación retroactiva, porque aquí a la inversa del caso de la modificación de los montos estamos discutiendo si puede aplicarse retroactivamente una ley más perjudicial. Es decir, esto atacaría el núcleo duro del principio de legalidad que proscribe la retroactividad de la ley penal.

Consecuentemente en la desaparición de la suspensión del proceso a prueba es una modificación sustantiva de los fines de proceso. Por lo cual el legislador no puede pretender aplicarla retroactivamente, si no quiere realizar un abuso del poder y defraudar la confianza de los ciudadanos que mencionábamos al principio que utilizaba como fundamento de este principio.

Recapitulando, la idea de la primera parte de la exposición era mostrar que la interpretación literal del art. 2 del Cód. Penal no me parece la correcta, y en especial en los delitos económicos, ya que no cualquier modificación más beneficiosa implica la aplicación del principio de ley penal más benigna. Que se requiere una interpretación teleológica a de los fundamentos de este principio. La interpretación teleológica de primer nivel tiene que tiene que ver con la valoración del cambio de política criminal, o de la determinación del hecho por parte del legislador no se da en este caso y por lo tanto no sería aplicable por el fundamento directo del principio de ley penal más benigna. Que la interpretación teleológica de segundo nivel sistemática tiende a la aplicación con base en otros principios del derecho penal como el de lesividad, el de igualdad y el de ultima ratio.

Y que de esta manera reconocemos que la aplicación del principio de ley penal más benigna genera cierto costo penal.

En el ámbito del derecho penal, en el proceso penal, hay una diferencia en la valoración de ciertas clases de erro. Los errores en contra de los resultados y de la inocencia son muchos más graves que los errores de falla en la prevención del delito. Hay unidad de prevención en este caso que no se van a aplicar, van a haber culpables que se van a sentir satisfechos porque no van a ser castigados, pero aplicándolo logramos una aplicación sistemática y racional dentro del derecho penal que no es la optima. La aplicación de la retroactividad, de la ley más benigna en este caso no es la solución óptima, pero es teleológica y sistemáticamente correcta.

*\* Fiscal en lo Penal Económico, profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral y de la Universidad de Buenos Aires*

© Copyright: Universidad Austral