

## La aplicación del principio de legalidad -ley penal más benigna- en relación con el monto evadido

Juan Carlos Bonzón Rafart

El tema que me asignaron pese a mi angustia jurídica, es la aplicación de la ley penal más benigna, o no a los nuevos montos establecidos por la Ley N° 26.735. Si esos nuevos montos se aplican o no retroactivamente a los casos anteriores de vigencia de la 26.735.

Esta charla la voy a basar en dos recientes artículos, que tratan las dos teorías, ya sea la que dice que es una condición objetiva de punibilidad y la otra que dice que son condiciones del tipo.

Estos dos artículos son publicados casi en el mismo mes. El de los doctores Litvin y Cornejo Costas (h) ha sido publicado en la revista recién salida de reforma del régimen penal tributario de la ley y otro, un mes anterior, mío, con la postura diametralmente opuesta. Quizás no es diametralmente opuesta, como vamos a ver en esta charla, mi artículo fue publicado en Práctica Profesional N° 158 de 2012.

Sobre estos dos artículos quiero hacer la charla. Y ustedes se preguntarán porque estos dos artículos y no otros que también han desarrollado solventemente el tema. Simplemente porque son quizás los últimos artículos sobre el tema y que citan distintas doctrinas, distintas hipótesis dogmáticas y prácticas.

Voy a empezar con un poco de historia, porque casi todos los autores hacen mención a la reforma constitucional de 1994, como que transformó en constitucional el principio de la aplicación de ley más benigna, que antes era legal.

Creemos, o por lo menos así lo sostuvimos con mi extinto amigo, el profesor Bidart Campos, que esta aplicación constitucional del principio es de mucho antes de la reforma de 1994. Porque los tratados internacionales, a los que se refiere el artículo 75 de la Constitución, son de 1984 y de 1986. Y como en la Constitución los tratados internacionales tienen mayor jerarquía que las leyes internas, para nosotros a partir de 1984, rige constitucionalmente el principio de la ley penal más benigna. Estos artículos que fueron publicados en E.D. (T° 143-pag. 537 y 538), uno por Bidart Campos titulado “La retroactividad de la ley penal más benigna rige en la Argentina en forma imperativa por fuente de tratados internacionales”, y otro por mí, titulado “Aplicación de la ley penal más benigna en el régimen penal cambiario en relación a la pena de prisión impuesta en reciente fallo”, se referían concretamente al decreto 530 de 1991, que había liberado el mercado de cambios en Argentina y había derogado el bien jurídico protegido, que era la introducción o extracción de divisas. Por lo tanto había creado una mutación sustancial, y que hacia indudablemente aplicable la ley penal mas benigna, porque si ya no se penaba, y se dejaba en libertad sacar y entrar divisas todas las normas que se referían sobre ese tópico quedaban automáticamente derogadas.

El problema de la ley penal más benigna es determinar que se considera ley. Sobre todo en penal económico, en que sabemos que son leyes penales en blanco y que el tipo penal, el núcleo penal es conformado y llenado con normas extra penales.

Esta mutación sustancial nos hizo pensar en aquel entonces, piensen que estamos hablando prácticamente de veintiún años atrás, que el tema era alentador. Pero no fue así desgraciadamente; no fue así y vale este poco de historia para ver lo errático que a veces lleva un tema así, cuando nos basamos en un fallo de la Corte Suprema, o en dogmática estricta.

¿Porque digo esto? Porque en 1998 la Corte Suprema saca un fallo “Bunge y Borg”, que se refiere también al ingreso y egreso de divisas, pero no está en la ley penal cambiaria. Está en el Código Aduanero, art. 954, apartado 1 inc. C, y configura otro disparate jurídico referido a la doble punición. El que ingresaba o egresaba divisas, estaba punido tanto por el Código Aduanero como por el Régimen Penal Cambiario.

¿Qué había pasado con esto? El Tribunal Fiscal de la Nación había sacado un fallo plenario “YPF” que había dicho que mientras rigiera el decreto 530, que hacía a la libertad cambiaria, el 954 inc. c del Código Aduanero, al igual que el régimen penal cambiario, no tenían eficacia. ¿Por qué? Porque ya era libre el entrar o sacar divisas. Cosa distinta dijo la Corte en el caso “Bunge y Borg” de 1998: dijo que pese a que había libertad cambiaria seguía subsistiendo el art. 954, apartado 1, inciso C.

El fallo YPF fue apelado ante la Cámara Contencioso Administrativo y cuando deciden en el fallo YPF ya había salido el fallo “Bunge y Born” de la Corte, que era lo mismo. Entonces la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa no pudo hacer otra cosa que cambiar y acabó el plenario, también que se llama plenario YPF. En el cual conforme al fallo “Bunge y Borg” de la Corte, siguiendo su camino, dice que pese a la libertad cambiaria subsiste el 954 inc. C.

Este poco de historia es solo para que veamos como van jugando en distintas maneras, este tema tan sustancial como son los principios del derecho penal mal aplicados al derecho penal económico, hasta llegar a un absurdo, como en ese entonces, en que una ley prohíbe lo que otra ley autoriza, como si fueran dos compartimentos estancos de un mismo derecho. Un disparate lógico y jurídico.

En el año 2006 nos encontramos con otro fallo, de fundamental importancia, referido al Decreto N° 530/1991. Es el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación caratulado “Cristalux”; todos lo conocemos; es un caballito de batalla para este principio de la ley penal más benigna, ya que también toca el Decreto N° 530/1991, pero a diferencia de lo que había opinado en “Bunge y Born” con respecto al Código Aduanero, ahora dice que el decreto 2581/64 establece una desafectación del bien jurídico protegido, dando libertad cambiaria, y por lo tanto era aplicable la ley penal más benigna. Entonces nueva contradicción; para una situación la aplicamos y para otra no.

Esto no se olviden, estamos hablando ya, bastante entrado en la reforma constitucional de 1994, que aparentemente da una luz verde para la aplicación del principio; pero no es así y no va a ser así por las circunstancias que trataré.

Otro poco de historia. Hace más de cincuenta años el maestro Aftalión, en el nacimiento de lo que se llamaba el derecho penal administrativo, actualmente el derecho penal económico, decía que el derecho penal tradicional, hoy llamado nuclear, era un reservorio de derechos y garantías que costó mucho tiempo, sacrificio y sangre llegar a la defensa de estos principios; y que por lo tanto sin desconocer el datum de que el derecho penal administrativo de aquel entonces podía introducir características o distinciones con el derecho penal tradicional nuclear, la tarea del doctrinario era minimizar al máximo posible esa diferencias, para no violar abiertamente los principios penales, que más que penales son constitucionales.

Ya vemos que hace cincuenta años tenían el mismo problema que ahora; yo diría menos problemas; ahora tenemos más; como dijo el profesor Díaz, es un disparate lo que estamos viviendo en este país; yo creo que si Aftalión saliera de la tumba se volvería corriendo a enterrar; le daría miedo vivir en este mundo.

*Primero fíjense ustedes:* cierta característica del derecho penal económico, como es la aceptación de las leyes penales en blanco, ¿cuales y porque lo acepta en general la doctrina y la jurisprudencia?: porque el dinamismo en el derecho penal económico no permite cambios legislativos que se ajusten rápidamente a un momento histórico, entonces permite que hayan decretos, resoluciones, circulares, llamados telefónicos, etc, que llenen el tipo penal.

Toda una farsa porque no es tan difícil poner en una hoja de papel todas las hipótesis delictivas para que el ciudadano conozca que puede hacer o no hacer; al igual que cualquier delito, cuesta, pero no es imposible.

*Segundo:* bajo el principio de especialidad admiten tribunales administrativos que dictan sentencia penales; yo pregunto: ¿y los jueces penales, entre los cuales me encuentro, no somos especialistas? o por lo menos pretendemos serlo.

Entonces en vez de un Tribunal Fiscal administrativo pongan jueces especialistas. Y no solamente tributario o aduanero. Fíjense en una de las últimas leyes penales económicas de suma importancia para la economía argentina, como la ley de defensa de la competencia; fijan para el futuro, un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia administrativo, de seis personas especialistas que todavía no ha sido integrado. ¿Por qué no nombran seis jueces especialistas? y terminemos el problema; es muy sencillo; el principio de especialidad es loable, pero los jueces somos especialistas, porque sino ¿para que estamos en el fuero penal económico?

Entre estas características, están las condiciones objetivas de punibilidad, que ahora voy a dar un poquitito el desarrollo; algunos autores dicen que no son condiciones objetivas de punibilidad, sino condiciones de tipo. Vamos a desarrollar dichos conceptos.

*¿Por qué existen condiciones objetivas de punibilidad en la Ley Penal Tributaria?*

Es exclusivamente por una desidia legislativa, que no quiere profundizar sobre el bien jurídico protegido; si es grave, leve o levisima su violación.

Porque lo hace para poner un tope para diferenciarlo con el artículo 46 de la 11683. Porque son dos ilícitos graves de igual texto, que se diferencian solamente si es menos o más de cuatrocientos mil pesos; más de cuatrocientos mil pesos es delito; eso es desidia legislativa.

Tenemos que profundizar de una vez por todas el estudio sobre el grado de lesión al bien jurídico protegido. Y no es la primera vez que con el profesor Díaz hacemos conferencias sobre el tema, porque en este lío caótico que es el derecho penal económico, Vicente toca lo que él llama con muy buen criterio penalización del derecho penal económico; porque es verdad; ciertas infracciones se transforman en delito. No presentar una declaración jurada la quieren poner como delito. Entonces estamos locos; pero yo hablo de despenalización, que es la otra cara de la moneda. ¿Qué quiere decir despenalización? Que hay cierto avance del derecho administrativo sobre el derecho penal que no esta admitido constitucionalmente. Entre ellos, que tribunales administrativos dicten sentencias penales. Estamos en el horno. Esto que estamos diciendo y que también lo dijo el profesor Díaz en la conferencia recientemente, me lleva a pensar que muchos autores que hablan de evolución del derecho penal económico, no es una evolución, sino una involución. Vamos para atrás, observando cada vez menos los derechos esenciales penales regidos por la Constitución Nacional.

*Vamos a ir ahora a lo que son las condiciones objetivas de imputabilidad.*

Las condiciones objetivas de punibilidad es una creación dogmática que nos sirve para poner en el tipo penal cierta directriz objetiva que está fuera de la tipicidad. Así dice Soler: “Designamos como condiciones objetivas de punibilidad a los elementos de la norma penal que desempeñan una función externa a la antijuridicidad y la culpabilidad.”

El hecho antijurídico y culpable, puede no estar subordinado a una figura por dos razones distintas. a) porque la ley además de los elementos comunes incluye en la figura otras circunstancias exteriores que actúan como condición objetiva de punibilidad; y b) es también por política criminal, porque la ley expresamente se niega aplicar la pena en determinados casos: se llaman “excusas absolutorias”. Sigue diciendo y termina: “no afecta ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad de la acción, sino que solamente se vinculan con la aplicabilidad de la pena; son verdaderas causas de impunidad establecidas solamente por razones de utilidad, pues la injusticia del hecho y la culpabilidad del autor permanecen intactas.”

Es decir ¿qué nos dice Soler y todos los maestros del derecho penal? Que la condición objetiva de punibilidad, no justifica el injusto; el injusto está cometido pero por razones de política criminal no se pena; entonces estas condiciones objetivas de punibilidad no tienen nada que ver ni con la culpabilidad, ni con la antijuridicidad; tiene que ver con la punibilidad.

¿Cómo se trata este tema de las condiciones objetivas de punibilidad en el derecho tributario? Yendo a los antecedentes; la Ley 24.769 y la anterior han adoptado como criterio de política criminal poner un piso, debajo del cual no se justifica la acción penal ni la pena. Eran cien mil ahora son cuatrocientos mil.

Estos elementos tenían por base, según la doctrina penal tributaria, los principios de utilidad de la protección penal, también llamado efectividad, eficiencia o idoneidad, que simplemente nos da una directriz objetiva de libertad dentro del núcleo y que no permite aplicar la ley penal más benigna, porque hace a la punibilidad pero no a la tipicidad.

En el derecho aduanero pasa algo muy parecido con el artículo 947 del Código Aduanero, que prevé contrabando menor; también pone cien mil pesos de tope. Son condiciones objetivas de punibilidad, ¿cómo lo trata la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina?, erráticamente a mi manera de ver.

Vamos a dar un ejemplo en el derecho penal tributario: en el 2007 la Suprema Corte de Justicia saca un fallo en la causa caratulada “Palero” que trata la Ley N° 26.063 que modificó los montos del artículo 9 de la 24.569, pasando de cinco mil, a diez mil mensuales. Aplicó el principio de la ley penal más benigna, pero con una grave, a mi manera de ver, deficiencia de estudiar las bases fácticas al remitirse al fallo “Cristalux”; éste había sin duda alguna desafectado el bien jurídico protegido; acá no, fue una política criminal que aumentó por inflación de cinco mil a diez mil, como puede ser ahora de cien mil a cuatrocientos mil.

Lo que yo critico es la remisión a “Cristalux” que es un caso muy especial porque implica un cambio en la valoración sustancial, porque desafecta el bien jurídico; acá no se desafecta; se cambió un monto nada más.

Sin perjuicio de lo cual, este fallo “Palero” de 2007, se lo puede comparar con uno del 2008 “Avila Zanini” (fallos 331, página 519); solamente con la disidencia del Dr. Lorenzetti. La Corte Suprema revoca el fallo de la sala 1° de la Cámara de Casación Penal que había condenado conforme con una jurisprudencia de la Corte Suprema del año 2000 llamado el caso “Vigil”, que es muy

conocido. Para eso les voy a explicar que decía el caso “Vigil” y que decía “Avila Zanini”, para ver las contradicciones.

En el caso “Vigil” lo habían condenado porque importaba coches, que no se podían importar. Pero después se levantó la prohibición de importar coches; y en el caso “Vigil”, la Corte Suprema en el año 2000 dice por mas que es ventaja aduanera para el imputado porque lo que estaba prohibido dejo de estar prohibido, eso no afectaba al núcleo y no se aplicaba la ley penal mas benigna.

¿Qué hizo casación? Aplicó esa doctrina; cuando va a la Corte cambia de doctrina en el caso “Avila Zanini”, diciendo que el haber levantado la prohibición de importar coches, hace aplicable el principio penal mas benigno, es decir estamos dando vueltas por todos lados sin una clara directiva de que hacer.

Todo esto llega hasta el año 2009 en que cambiamos de caballito de batalla. Pero no lo cambiamos tanto. Porque el nuevo caballito de batalla tiene los genes de Cristalux que se llama “Docuprint” ¿por qué tiene los genes de Cristalux? Porque cita a Cristalux como la misma base fáctica cuando no tiene nada que ver uno con otro.

¿Que paso con “Docuprint”? La Sala “A” de la Cámara Penal Económico sostuvo que un cambio que decía que de noventa días pasaba a ciento ochenta días como plazo para entrar divisas de exportadores, no era aplicable la ley penal más benigna, porque no afectaba el núcleo. Dijimos porque fui parte de ese fallo.

Cuando fue a la Corte dijo, que era un cambio sustancial y aplicó la ley penal más benigna. Con lo cual prácticamente equiparó el fallo “Docuprint” al fallo “Cristalux”, lo que es una barbaridad jurídica. En uno se desafecta el bien jurídico protegido y en el otro cambia un plazo administrativo, pero la cosa es así; el Dr. Becerra en La Ley, publica solventemente este fallo y llega a una conclusión que dice: toda modificación más beneficiosa al imputado, sea penal o extrapenal, dá lugar a la utilización del principio de la ley penal más benigna. Vamos a tener que aplicar el principio a todos los casos, aunque no nos guste.

Con esto voy terminando y les digo que en el artículo del Dr. Litvin y Cornejo Costas, publicado en La Ley, muy bien explican porque hay que aplicarlo, por más que sean condiciones objetivas de punibilidad; que la dogmática penal no se puede oponer a la ley (artículo 2 del Código Penal). Coincido, no apliquemos la dogmática, pero seamos coherentes. Apliquemos siempre el principio de la ley penal más benigna sin hacer diferencias.

Al aplicar siempre el principio de la ley penal más benigna, no analicemos, que es tan costoso, si hubo un cambio sustancial de valoración, si es importante el cambio, o no. Apliquemos la ley más benigna, pero por seguridad jurídica, no hagamos estos vaivenes.

Y por último, también coincido con mi colega el Dr. Cornejo Costas de que sería muy útil que en el futuro se haga un cambio integral de todo el sistema, no solamente del penal tributario, sino el económico, porque así no podemos seguir.

Y con respecto a los montos dinerarios, yo diría que volvamos a las antiguas leyes que preveían la indexación anual.

*\* Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Sala A)*

© Copyright: Universidad Austral