

DICTAMEN DR. FRANCISCO D'ALBORA DEL 6/3/2018

Se requiere nuestra opinión con respecto a la **resolución PGN 18/18** dictada por el señor Procurador General interino el 21 de febrero último, con motivo de las modificaciones introducidas al Régimen Penal Tributario por la Ley 27.430 (Boletín Oficial 29/12/2017).

I. En materia tributaria, mediante el artículo 279 se aprobó un nuevo Régimen Penal Tributario y, por disposición del artículo 280, se derogó el anterior, aprobado por la Ley 24.769 y sus modificatorias. Esta reforma, entre otros cambios, **ajustó los montos a partir de los cuales son punibles algunas de las conductas consideradas delito** (tributarios, los relativos a los recursos de la Seguridad Social y los fiscales comunes).

En lo que aquí interesa, el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados del proyecto que luego se convirtió en ley, la variación de esos montos mínimos tuvo como objetivo principal **actualizarlos para compensar la depreciación sufrida** por la moneda nacional durante el período de vigencia de las normas sustituidas o modificadas, sin ser la expresión de un cambio en la valoración social de las conductas tipificadas.

En oportunidad de sancionarse la Ley 26.735, modificatoria de la Ley 24.769 ahora derogada, frente a la posibilidad de que los imputados por delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, y por montos que excedían los mínimos del régimen original pero que no superaban los nuevos, demandaran la aplicación retroactiva de la ley que, en ese aspecto, resultaría más beneficiosa, **el entonces Procurador General de la Nación dictó la resolución PGN 5/12**.

Se instruyó así a los señores fiscales con competencia en materia penal para que se opusieran a la aplicación retroactiva de la ley posterior (que elevaba los montos mínimos de punibilidad) y adoptasen la interpretación por la cual "el aumento de los montos dispuestos 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".

En consonancia con lo dispuesto por la resolución PGN 5/12, el Ministerio Público efectuó más de quinientas presentaciones ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (entre recursos extraordinarios y quejas por recursos denegados), que la Corte, sin embargo, desestimó sin más fundamento que la invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En atención a la respuesta que la Corte dio a los planteos del Ministerio Público Fiscal, se dictó la resolución PGN 1467/14,

motivada por el "fin de lograr un uso eficiente de la actividad procesal y evitar dispendios jurisdiccionales vanos", que **mantuvo la interpretación del derecho desarrollada en la resolución PGN 5/12, pero dispuso "dejar sin efecto la instrucción dictada**, en la medida en que obliga a todos los fiscales a impugnar las decisiones de los tribunales que propician una posición contraria a la ofrecida allí". Se indicó entonces que, revocada dicha instrucción, cada uno de los magistrados competentes debía juzgar en cada caso, según su saber y entender, y con arreglo a las circunstancias peculiares de cada causa, si correspondía encarar la actividad impugnativa en virtud de la existencia particular de un agravio federal suficiente, de características que brinden trascendencia al caso, o consideraciones novedosas que impidan la caracterización del planteo como insustancial.

En opinión del Procurador General interino las modificaciones introducidas por la Ley 27.430 originan un escenario similar al que motivó el dictado de la resolución PGN 5/12. Por tal virtud, considera que los términos en que fue sancionada la referida norma reavivan el interés de ese Ministerio Público por sostener el criterio que informó dicha decisión, y decide reiterar sus términos.

En definitiva, se instruye a los señores fiscales con competencia en materia penal para que asuman la interpretación señalada en la resolución PGN 5/12 y, en consecuencia, se opongán a la aplicación retroactiva de la Ley 27.430 en cuanto dispone aumentos de las sumas de dinero que establecen un límite a la punibilidad de los delitos tributarios y de contrabando.

II. Según se ve, los mismos fundamentos de la resolución analizada permiten anticipar que, salvo un sustancial cambio de criterio en la doctrina del alto tribunal, la nueva directiva seguirá la suerte de la anterior.

Diversas reflexiones se generan entonces. En primer lugar, el Derecho, como disciplina humanística, se basa en presupuestos convencionales y siempre opinables, susceptibles de ser modificados, en la medida en que resulte necesario.

La resolución PGN 5/12 pareciese responder, con la indiscutida solvencia técnica de quien la suscribiera, a las necesidades políticas de la coyuntura.

Sin embargo, la **Corte Suprema**, por decisión de la mayoría en el caso Bignone, el 3 de mayo de 2017, reafirmó la vigencia sobre el punto del artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Código Penal, estableciendo que, **en todos los casos, se impone la aplicación de la ley penal más benigna.**

Enseña Badeni que el principio de la aplicabilidad de la ley penal más benigna es uno de los más elementales forjados por el secular movimiento constitucionalista del cual no pueden prescindir una auténtica democracia constitucional ni su conformación jurídica que es el Estado de derecho. Su objeto es preservar la tan valiosa seguridad jurídica, como la libertad, tanto tratándose de delitos permanentes como transitorios.

Tradicionalmente, efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, se entendía que el principio de la irretroactividad de la ley penal, en cuanto a la tipificación del delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional. En cambio, el principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo sería de naturaleza legal y no constitucional, y podría ser dejado sin efecto por una ley general o especial.

La aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tiene solamente fundamento legal sino constitucional. Esta postura disfruta actualmente de jerarquía constitucional y no legal por cuanto su interpretación está expuesta en los ya citados tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental, y no hay norma constitucional que se oponga a ella¹.

Por las razones expuestas, **no compartimos el criterio sentado en la resolución PGN 18/18**, sin perjuicio de comprender las motivaciones relacionadas con los requerimientos de la política criminal.

¹ "La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad", publicado en la Revista Pensar en derecho N° 10, Año 5, Dossier "Algunas miradas sobre la Constitución y el Derecho Internacional", p. 97, Bs. As. 2017.