



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO

Dictamen N°532/21.

Excma. Cámara:

Mario A. VILLAR, Fiscal General ante esa Cámara Federal de Casación Penal, constituyendo domicilio en su público despacho de Comodoro Py 2002, 5° piso de Capital Federal (CUIF 51000002058) en la causa N°FBB 17789/2017/1/RH1-CFC1 del registro de la Sala II, caratulada, “**MADSEN, CRISTIAN MIGUEL Y OTRO POR RECURSO DE CASACIÓN**”, se presenta y dice:

I- OBJETO

Que en tiempo y forma, de acuerdo a los artículos 256 y 257 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, vengo por el presente a interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 14 y 15 de la ley 48, contra la resolución de esa Sala que hizo lugar al recurso de la defensa, caso la decisión impugnada y ordenó que se esté al sobreseimiento dictado respecto de Cristian Miguel Madsen y Sebastián Adrián Fernández, a quien se imputaba la evasión del impuesto al valor agregado (reg. 1154/21, del 13/7/21).

II- SENTENCIA DEFINITIVA-SUPERIOR TRIBUNAL DE LA CAUSA

La resolución que se recurre es definitiva y proviene del superior tribunal de la causa.

En efecto, la resolución de esa Sala es definitiva porque pone fin a la cuestión debatida en forma tal que ésta no puede renovarse y no

existe otro tribunal al que pueda ocurrirse, quedando sólo la vía aquí intentada en tanto emana de la Cámara Federal de Casación Penal, *“tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48”* (CSJN, M. 812. XLIII; “Méndez, Ángel Isidro y otros”, 12/08/2008).

III- RELATO DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

Se inician las presentes actuaciones con motivo de la denuncia presentada contra Cristian Miguel Madsen y Sebastián Adrián Fernández por haber evadido el pago del impuesto al valor agregado que le correspondía a la empresa “Ruta Express SA” del período 2016, por la suma de \$795.807,36.

El Juzgado Federal N°2, Secretaría N°6, de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, consideró que el dictado de la Ley 27.430 que modificó los montos mínimos de los delitos incluidos en la Ley 24.769, debe ser considerada como ley penal más benigna. Por esa razón, al no superarse aquella condición objetiva de punibilidad, sobreseyó al imputado. Recurrida dicha decisión, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, la revocó. Impugnado este fallo por la Defensa, correspondió a la Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal resolver la cuestión, quien luego de hacer lugar a la queja de la Defensa, dictó la resolución que por esta vía se recurre en los términos del artículo 14 de la ley 48. Sostuvo la casación:

*“El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:”*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

“I. ... II. ... III. ... 1. ... 2. ... 3. De lo expuesto, surge que en autos se discute si la sanción de la ley 27.430 (B.O. 29/12/2017), en cuanto modificó los montos mínimos establecidos en el delito de evasión tributaria, puede ser aplicada para hechos anteriores a su sanción, en función del principio de legalidad, concretamente, de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (arts. 2, CP; art. 9, CADH, art 15.1, PIDCyP)”.

“Al respecto, debo señalar que es de aplicación al caso de autos la ley 27.430 por resultar más beneficiosa para la imputada que aquella vigente al momento de los hechos. Ello, sobre la base de que la retroactividad de la norma se torna operativa no sólo a raíz de cambios en la conducta típica y la sanción penal, sino también de elementos que hacen a la conformación del hecho imputable, en este caso, a la condición objetiva de punibilidad (art. 279 -art. 1 in fine-, Ley 27.430)”.

“De esta forma, la modificación en el monto mínimo para la configuración del delito de evasión tributaria, en tanto elemento que establece el límite para la punibilidad penal de una conducta y que forma parte constitutiva del tipo garantía atribuido, habilita la aplicación retroactiva de la ley penal al resultar más benigna para la imputada. Así, en la medida que los hechos que pesan contra Madsen y Fernández, a la luz de la norma vigente en la actualidad, no alcanzan el monto mínimo fijado, las conductas ya no pueden ser objeto de reproche penal, por estricta aplicación de garantías de rango constitucional”.

“Más aún, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Palero, Jorge Carlos s/recurso de queja” (Fallos: 330:4544) resolvió, compartiendo lo dicho por el Procurador General de la Nación, hacer lugar al recurso interpuesto en función de que la modificación de los montos mínimos previstos en el

art. 9 de la ley 24.769 efectuada por la ley 26.063 acarreaban una desincriminación de las conductas que quedaban por debajo de ese valor”.

“Esta doctrina resulta aplicable al presente caso en razón de ser -en esencia- el mismo tema en discusión y, por lo demás, también se muestra vinculante en términos de un leal acatamiento de los fallos del Máximo Tribunal de la Nación”.

“Por otro lado, con relación a lo sostenido -por mayoría- en la sentencia en crisis en torno a que no hubo un cambio en la valoración del hecho y que ello impide proceder a la aplicación de la ley 27.430, cabe objetar que esa interpretación no encuentra anclaje normativo, más allá de pretensiones de política criminal que solo progresan en la medida que aparecen desenvueltas mediante el ius poenale”.

“Dicho de otro modo, modificar los constitutivos de este tipo de condiciones objetivas de punibilidad, al no tratarse de meras normas temporales, suponen una valoración diferente de su nivel de antijuridicidad penal, sin perjuicio de lo que el legislador suponga al hacer uso de estas -de modo análogo a la consideración doctrinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, en los precedentes “Ayerza”, votos de la minoría, y “Cristalux”-. Por eso mismo, no son de recibo en el supuesto aquí examinado, las consideraciones del Máximo Tribunal, en los precedentes “Cerámica San Lorenzo”, “Seguros San Cristobal” o “Bruno Hermanos”, entre otros”.

“La técnica legislativa adoptada en este caso -condición objetiva de punibilidad penal frente a un comportamiento antijurídico- condiciona y limita esa pretensión -la así entendida valoración del hecho-. Por lo tanto, no pueden



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

constituirse en impedimento para la aplicación de un principio fundamental como es el de ley penal más benigna, reconocido tanto a nivel local como convencional y que concurre con el principio de legalidad penal”.

Precisamente, el tema en debate reside en la naturaleza de ese quantum que tasa la ofensividad -determinante en la especie de la antijuridicidad- con relevancia penal del comportamiento. Las condiciones objetivas de punibilidad, como las que son el centro del presente caso, forman parte del denominado tipo garantía que se configura con todos aquellos elementos que hacen al progreso de la imputación de responsabilidad penal. Por eso, si bien se acepta que esas condiciones no necesitan ser alcanzadas por el dolo del sujeto -conocimiento- y, en consecuencia, no integran el llamado tipo de error, esto no impide reconocer que constituyen parte esencial del discernimiento del tipo de injusto penal”.

“En esa perspectiva, debe recordarse que el ius poenale, por principio, opera sobre un ámbito de antinormatividad y antijuridicidad previos, seleccionando aquellos supuestos que, entiende, han de ser asumidos mediante consecuencias punitivas. A esos fines, observo que en el caso aquí tratado, el legislador, al cambiar las condiciones objetivas de punibilidad, ha modificado el estándar de identificación de la antijuridicidad penal -sin perjuicio, por ejemplo, de aquella de naturaleza tributaria- que impacta directamente en el tipo de injusto en trato. Esa reforma, despenaliza en consecuencia un elenco de comportamientos que, hasta entonces, resultaban penalmente significativos merced al riesgo penal que expresaban”.

“Por eso, más allá que suela decirse que las condiciones objetivas de punibilidad no integran per se el tipo, sino que ingresan en un ámbito de

análisis distinto y analíticamente posterior, lo cierto es que hacen al tipo en su función de garantía, ya que delimitan desde la legalidad penal la naturaleza antijurídica del comportamiento juzgado. En ese contexto, el principio de ley penal más benigna resulta entonces plenamente aplicable”.

“En definitiva, en tanto los montos presuntamente evadidos son inferiores a la nueva condición objetiva de punibilidad establecida para el tipo penal de evasión tributaria simple -\$1.500.000-, corresponde estar a los sobreseimientos dictados por el Juzgado Federal nº2 de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires”.

“4. En función de lo expuesto, propicio: hacer lugar al recurso de casación de la defensa pública de Cristian Miguel Madsen, casar la resolución recurrida y estar a la resolución dictada en primera instancia respecto del nombrado y Sebastián Adrián Fernández, sin costas (arts. 441, 470, 530 y 531, CPPN)”.

“Así voto.”.

*“El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:”*

“Que, con base en lo resuelto en la causa no 16.053 del registro de la Sala II, caratulada: “Di Bussolo, Valerio s/recurso de casación” (reg. no 257/13, rta. 8/4/2013, entre otras), a lo que cabe remitirse, en lo pertinente, en razón de brevedad, adhiere a la solución propuesta por el juez Yacobucci, lo que así vota”.

*“El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:”*

“En atención a la coincidencia de argumentos y de la solución propuesta para el caso en los votos de los colegas preopinantes, sólo habré de señalar que conforme los lineamientos que expuse al votar en la Sala III de esta



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Camara, in re: Carrizo, Carlos Alberto s/recurso de casación (causa n° 1876/2013/T02/CFC1, reg. nro. 1403/18, rta. el 19/10/2018); y Gulisano, Hector Francisco s/recurso de casación (causa n° CPE 36/2013/T01/6/CFC1, reg. n° 1382/18, rta. el 18/10/2018) no corresponde hacer lugar al recurso de la defensa”.

“Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría, RESUELVE:”

“HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la defensa pública de Cristian Miguel Madsen, CASAR la resolución recurrida y estar a la resolución dictada en primera instancia respecto del nombrado y Sebastián Adrián Fernández...” (Reg. 1154/21, resuelta el 13/7/21).

IV- INTRODUCCIÓN Y MANTENIMIENTO CUESTION FEDERAL

La naturaleza federal de la Ley aplicable (24.769 y 27.430) permite afirmar que el caso involucra materia federal suficiente en los términos del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48 (Fallos: 311:1835; 316:1567; 321:1614 y 1848; 324:1871; 326:3308, entre otros).

En el caso la cuestión federal se genera a partir de la interpretación del Tribunal del principio de ley penal más benigna derivado de que la aplicación retroactiva de la ley penal solo es admisible cuando fuera a favor del imputado. La interpretación de la ley penal tributaria, como ley federal, a la luz del citado principio constitucional resulta contraria a la naturaleza y límites de aplicación de tal principio y, por lo tanto, la sentencia como norma individual se opone a la Constitución, en tal sentido se genera una cuestión federal directa.

Los argumentos dados por la casación para aplicar retroactivamente la ley resultan arbitrarios. Debe tenerse presente que con la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 299:17; 308:1557; 328:1874 y 329:5323) exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559; 315:28 y 321:1909).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho, “... el *principio constitucional de la separación de los poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto*” (Fallos: 234:82 y 310; 241:121).

La cuestión federal ha sido introducida en forma oportuna al momento de ampliar fundamentos (Dictamen 103/20) y como es sabido, la deducción del caso federal no requiere de términos sacramentales (Fallos: 302:326; 293:323; 211:640; 304:148).

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema ha sostenido que el planteamiento oportuno del caso no tiene que exigirse al litigante cuando la cuestión nace con la sentencia que se recurre por carecer del debido fundamento (Fallos: 237:292; 306:1663; 310:1602 y 313:62) y que no es tardía la cuestión federal no previsible en una oportunidad anterior (Fallos: 299:17).



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Se trata, como se ve, una cuestión federal que se encuentran indisolublemente entrelazadas con la arbitrariedad de la interpretación de la Cámara de Casación con relación a las mencionadas normas dictadas por el Congreso de la Nación, por lo que, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables ocasiones, corresponde que esa arbitrariedad sea tratada en forma conjunta con las cuestión federal indicada (Fallos: 307:493; 321:703; 327:5515; 329:1951, entre otros).

V- GRAVAMEN

El agravio concreto, actual y propio que para este Ministerio Público Fiscal acarrea la resolución dictada por la Sala II de la CFCP no deriva de la actuación de esta parte conforme se expondrá a continuación.

El gravamen para este Ministerio Público se verifica en tanto, con la resolución impugnada, se cierra toda discusión relativa a la correcta aplicación del derecho, en especial con referencia a que la actualización de los montos de la ley no quita la calidad de delito a la conducta investigada, con lo cual el trámite de la causa debe seguir su curso.

VI- REFUTACIÓN FUNDAMENTOS

Debo señalar que la cuestión a examinar es la razonabilidad de la aplicación del principio de una ley penal más benigna retroactivamente.

Así, la casación entendió que la reforma introducida por la ley 27.430 -en lo que aquí interesa- aumentó la condición objetiva de

punibilidad (de \$400.000 a \$1.500.000) y que debe ser aplicada retroactivamente desincriminando la conducta típica que no supere el nuevo monto, circunstancias que a nuestro entender no se encuentra dentro de los límites constitucionales, o convencionales, del principio de ley penal más benigna.

Puede discreparse acerca del significado dogmático de los montos mínimos establecidos en la ley, pero es una posición dominante que estos límites cuantitativos constituyen un criterio o decisión de política criminal (García Pérez, Octavio, La Punibilidad en el Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 272).

En este sentido, si bien no hay consenso en la doctrina en su ubicación sistemática, como elemento integrante del tipo penal objetivo, tal como lo hace en este caso el *a quo* al sobreseer por falta de tipicidad, mientras que otros consideran que se la debe tratar como categoría jurídica independiente, en el marco de la punibilidad: “... resalta con claridad lo característico de la cuarta categoría del delito más allá del injusto y la culpabilidad: se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena”(Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General I, Civitas, Madrid, 1997, p. 977).

En este marco, el argumento del dictamen del Procurador ante la Corte, que el Máximo Tribunal hace suyo, es el siguiente:

“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 modificación introducida importó la



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

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 las que se ha hecho mención (Fallos: 321:3160; 324:1878 y 2806 y 327:2280)".

Este precedente es de dudosa aplicación debido a que parte de algo que debía demostrarse, consistente en que *"la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra..."*

Sin embargo, este proceso de subsunción a través de una aplicación mecánica del principio debe ser analizado, procediendo a realizar una interpretación teleológica del principio (Fallos 311:2751; 312:111; 320:2701; 319:3241), para determinar cuáles fueron los fundamentos que motivaron al legislador a efectuar la modificación, y si los mismos se ajustan a las circunstancias del presente caso, tal como lo hace el voto en disidencia en conclusiones que comparto.

De esta manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ensayado ciertas restricciones a la procedencia del mentado principio; como, por ejemplo, frente a los cambios jurisprudenciales, en su aplicación a la ley penal en blanco, en una ley extra-penal, en la modificación del monto de la pena de multa.

En este sentido ha sostenido la Cámara Federal de Casación Penal que: *"...si bien la modificación legislativa en el ámbito extra-penal puede incidir decisivamente sobre la ley penal de cualquier modo en que la situación*

se vuelva más favorable al imputado o condenado, es menester que la modificación operada importe una verdadera alteración de la figura abstracta del derecho penal o de la estructura de la norma represiva en sí. La modificación introducida por una resolución general de la DGI con relación a las personas que deben actuar como agentes de retención o percepción no importa un cambio de la valoración legislativa con relación a la acción típica incriminada, consistente en la omisión de ingresar al sistema de seguridad social las retenciones previsionales e impositivas, en consecuencia, no podemos aseverar que estemos frente a una hipótesis de ley más benigna. En efecto, no es aplicable el principio de la retroactividad benigna del art. 2° del Código Penal en el caso en que la modificación introducida no importó la desincriminación de la conducta prevista en el art. 8 de la ley 23.771, con el agregado de la ley 24.587, ni la reducción de las penas allí impuestas. El tipo penal citado sigue subsistente y es aplicable al caso de autos puesto que, al momento de acaecimiento de los hechos, la empresa en cuestión tenía el deber legal de actuar como agente de retención y de percepción...” (CFCP Sala II causa n° 3042, “Sasson, Jaime”, reg. N° 3970, rta. 6/4/01).

En esa misma línea de pensamiento se expresó la Sala IV de esta Cámara al señalar que: “...Si bien la modificación legislativa en el ámbito extra-penal puede incidir decisivamente sobre la ley penal de cualquier modo en que la situación se vuelva más favorable al imputado o condenado, es menester que la modificación operada importe una verdadera alteración de la figura abstracta del derecho penal o de la estructura de la norma represiva en sí...” (CFCP Sala IV causa n° 3286 “Vázquez, Jorge Feliz” reg. n° 4311.4, rta. 7/10/2002).



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Con tal base, se ha expresado el máximo Tribunal con fundamento material semejante al que se pretende ensayar, al analizar la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 21.898 que modificaba el monto de la pena de multa, señalando que: *“...no importa el agravamiento de la pena prevista para la infracción cometida, toda vez que la actualización allí prevista no hace a la multa más onerosa sino que mantiene el valor económico real de la moneda frente a su progresivo envilecimiento (Fallos: 299:146). En otros términos, lejos de agravar la sanción prevista, impide que ésta se desnaturalice”* (Fallos 315:923).

Por otro lado, al analizar la modificación al concepto normativo de cheque introducida por el art. 11, inc. e), de la ley 24.760 se ha señalado que: *“...no es aplicable el principio de retroactividad benigna del art. 2 del C.P. en el caso en que la modificación introducida no importó la desincriminación de la conducta prevista en el art. 302, inc. 1° del C.P., ni la reducción de las penas allí impuestas...”* (CFCP Sala II causa n° 3030 “Rivas Olga, Elena” reg. n° 3923, rta. 16/3/2001).

De esta manera se observa que el principio de ley penal más benigna, más allá de los denodados esfuerzos en su aplicación mecánica o automática, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado por su aplicación en concordia con los principios de correcta administración de justicia y seguridad jurídica que sin lugar a dudas constituye un frente de contención para una mesurada aplicación del principio.

En el ámbito de la doctrina se ha expresado que: *“...la única posibilidad de diferenciar una real sustitución del tipo penal de una simple modificación de las circunstancias de hecho (...) parece ser, a los efectos de la*

aplicación retroactiva de mayor benignidad, analizar si ha cambiado la valoración del legislador frente a los comportamientos socialmente relevantes para el bien jurídico que se pretende proteger (...) pero solo cuando supone una modificación de criterios valorativos político-criminales. Esto es, comprobar, en orden al bien común político, si la alteración reglamentaria ha supuesto de suyo dejar de entender como dañosa la conducta que aparecía tipificada. En este caso, es el propio tipo penal el que se ha modificado y alcanzado mayor benignidad (Fallos 317:1541)”.

“Por el contrario, en el supuesto de que se trate solo de un cambio circunstancial, es decir, impulsado por las variaciones naturales de las materias reguladas -economía, política monetaria y cambiaria, medio ambiente, sanidad, etc.- el remplazo o caducidad reglamentaria no altera la estructura principal de la ley penal...” (Yacobucci, Guillermo, El sentido de los Principios Penales, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pág. 269-271).

En la nueva ley tributaria, la estructura de la conducta prohibida no cambia y tampoco la valoración del legislador sobre ella, sólo se trata de una actualización de los montos frente a la inflación, es decir que pretende que la gravedad de la conducta se mantenga en el mismo umbral que el de la ley anterior.

En esta misma línea de pensamiento se ha sostenido que *“...no debe aplicarse retroactivamente una nueva disposición aparentemente más favorable para el reo cuando su entrada en vigor no puede interpretarse como una nueva valoración de la conducta de aquél que implique considerar que no concurre en ella merecimiento o necesidad de pena. Ello sucede en muchos casos cuando la nueva disposición, aparentemente más favorable, responde a un cambio de*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

circunstancias y no implica un cambio de valoración de la conducta del sujeto en el momento que ésta se realizó...” (Silva Sánchez, Jesús-María, Indret, Rebajas de enero, para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?, n° 1/2007, p. 10/11).

En este mismo sentido la doctrina alemana dominante sostiene que: *“Si la modificación de la ley corresponde a una transformación de la valoración ético-social, de tal manera que el hecho aparece en lo sucesivo como menos punible o directamente como impune, la nueva regulación tendrá efecto retroactivo”* (Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte General, I, El hecho punible, Madrid, 1982, p. 31).

La confianza del ciudadano se basa en que el Estado no intentará aprobar leyes para aumentar las penas o calificar conductas como delictivas mediante leyes posteriores, con el fin de abarcar casos anteriores a su dictado. Pero ese mismo fundamento, implica que no se podrá, por vía de interpretación jurisprudencial de ese principio, excepcionar la aplicación de una ley vigente, de forma que implique retirar una prohibición que el legislador aún mantiene como vigente.

A su vez, si la nueva ley está reconociendo un error del legislador anterior al haber prohibido u ordenado una determinada conducta y por ello es que dicta una nueva ley que, corrigiendo ese error, la desincrimina o que reduce su penalidad, es imperativo aplicar la nueva norma en pos de asegurar la confianza de los ciudadanos en la racionalidad de sus leyes, comunicando que el Estado no persevera en su error, sino que lo corrige.

Esta es la misma idea que plantea el Procurador General de la Nación en la causa “Frigorífico Yaguané” cuando indica que el órgano competente advierte que *la disposición anterior no sirve adecuadamente al interés que determinó su sanción* y que en estos casos es evidente la aplicación retroactiva de la ley (Fallos 293:522, p. 525).

Mientras que si no hubo un error o un exceso y la nueva ley sólo responde a un cambio en la realidad, independiente del disvalor del hecho por el cual es prohibido u ordenado un acto o conducta, la nueva ley no debe regir; pues minaría la confianza en las leyes vigentes, así siempre se podría esperar un cambio de leyes para lograr la impunidad (este es el principio que está detrás de la ultractividad de las leyes temporales).

Esta idea del error previo o de cambio de perspectiva del legislador es la que se encuentra en las exposiciones de los autores cuando se refieren a un cambio en la política criminal. Por ejemplo, Roxin indica que: “... el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración político criminal, pero no si se debe sólo a un cambio en las circunstancias fácticas (p.ej. económicas)” (Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general, Tomo I, ap. 64, p. 169).

En una línea similar puede leerse en Jescheck: “La prohibición de retroactividad es una norma de protección para el autor. Por ello, si en el momento en que se enjuicia el delito rige una ley más favorable que cuando éste fue cometido, debe aplicarse aquella para beneficiar al delincuente del cambio en la



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

concepción del legislador” (Jescheck - Weigend, Tratado de derecho penal. Parte general, ps. 149/150 -el subrayado no pertenece al texto original-).

Esta distinción es bastante antigua, tal como lo señala Silva Sánchez, ya Binding diferenciaba *“las derogaciones de normas debidas a Missbilligung (desaprobación) de la anterior norma, y debidas a la aparición de neue Verhältnisse (nuevas circunstancias) y afirmando la retroactividad sólo para el primer caso”* (cf. Silva Sánchez, Jesús-María, Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes en blanco”, en Hacia un derecho penal económico europeo, 1995, p. 709).

Esta postura difiere de aquella en la que cualquier modificación de la ley que sea más beneficiosa para el imputado debe aplicarse sin más. Esta corriente tiene base legal, pues el artículo dos del Código Penal indica que *“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”*.

Es dable destacar que la formulación legal del Código Penal Alemán no difiere demasiado en su redacción con el argentino y sin embargo ha dado lugar a este mismo debate. El StGB indica en el § 2. 3: *“Si la ley que rige en la culminación del hecho es cambiada antes de la decisión, entonces ha de aplicarse la ley más benigna”*.

Tampoco difiere en su formulación como garantía constitucional, mediante el reconocimiento de tal principio en los arts. 9, “in fine”, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15, ap. 1º, “in fine”, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indica que: *“si*

con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (tal el texto compartido por ambos tratados).

Esta postura, en una formulación simple, pero no permite explicar la ultractividad de las leyes económicas, ni los casos de simples ajustes o actualizaciones de las leyes extrapenales. Tampoco distinguiría si los cambios afectan o no a la tipicidad o algún otro componente del delito.

Mientras que la distinción entre cambio en las circunstancias fácticas y cambio en la política criminal o en la valoración jurídica permite establecer si, en el caso concreto, una nueva ley realmente quiso corregir o enmendar la ley anterior o sólo quiso mantener en el tiempo presente el mismo disvalor asociado al hecho descrito en la ley anterior.

En nuestro caso, debe establecerse si el cambio del monto implica un cambio en la política criminal del legislador o si resulta ser sólo una puesta al día de los montos originales a la situación económico-financiera actual, manteniendo un nivel similar de protección al mismo bien jurídico.

En cuanto al tema de modificación de montos producida por la reforma del código penal español se ha indicado que: *“...habría que decidir (lo cual no es tarea sencilla) si las modificaciones cuantitativas de estos últimos delitos mencionados, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, entran de lleno en la categoría de cambios “facticos”, motivados unilateralmente por razones coyunturales -que impedirían una aplicación retroactiva*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

más beneficiosa- por tratarse de cambios de naturaleza exclusivamente económica, de adecuación al valor adquisitivo de la moneda, a la inflación o al incremento del nivel de vida experimentado” (Iglesias Río, Miguel Ángel, Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del código penal, Revista jurídica de Castilla y León, nº 6, 2005, p. 51/52).

Nótese que en el caso de la ley penal tributaria cuando fue sancionada la ley 24.769 la condición objetiva de punibilidad de cien mil pesos era equivalente a cien mil dólares estadounidenses, siendo que al día de la sanción de la ley 26.735 con la actualización del monto a cuatrocientos mil pesos se mantiene, aproximadamente, la misma equivalencia. Esto indica la voluntad del legislador de sólo actualizar el monto y no de cambiar su criterio de persecución penal.

La cuestión puede verse de la perspectiva temporal analizando al legislador en dos momentos: al de la sanción de la ley 24.769 y al de la sanción de la ley 26.735. Si desde una perspectiva racional puede considerarse que el legislador considera que, conforme la realidad económica vigente en cada uno de ellos, los cien mil pesos del primer momento reflejaban un cierto disvalor que resulta idéntico al que reflejan cuatrocientos mil en el segundo momento, no debe aplicarse la ley 26.735 como más benigna.

En el caso analizado el legislador no manifestó un cambio de política criminal respecto al delito de evasión simple, sino una *reafirmación* del criterio anterior.

Esta perspectiva se ve reflejada en el voto del Dr. Petracchi en el caso Ayerza (Fallos 321:824), al cual se remite la mayoría de ese tribunal en Cristalux (Fallos 330:4445): *“A su vez, el decreto 530/91 -que derogó el entonces aún vigente art. 1º del decreto 2581/64- forma parte del proceso de modificación del anterior sistema por uno, precisamente opuesto, de apertura del mercado cambiario”*.

El mismo tribunal ha sostenido que: *“En general, y de acuerdo con el criterio esbozado en el precedente indicado, esta Corte ha rechazado la aplicación indiscriminada del art. 2º del Código Penal en materias económicas, bajo la exigencia, formulada de diferentes formas, de que la nueva legislación represente la creación de un ámbito de libertad mayor. Sobre esta base, si bien se ha reconocido que la ley penal más benigna también opera frente a las disposiciones aduaneras, para que ello ocurra se debe haber producido una modificación en la concepción represiva que sustenta la ley anterior (Fallos: 293:670, “S.R.L. Hideco”, en que se rechazó la retroactividad de la ley más favorable por no haberse producido modificación alguna en la norma penal que prohibía la falsedad de las declaraciones formuladas ante la autoridad aduanera aun luego de que la reforma de la norma arancelaria hubiera hecho desaparecer el perjuicio fiscal)”* (Vigil, Constancio y otros s/contrabando, Fallos 323:3426).

Es necesario mencionar el fallo “Palero”, del Alto Tribunal, en el que se considera que el cambio de los montos relativos al delito de apropiación indebida de los recursos de la seguridad social constituye fundamento para la aplicación del principio retroactividad de la ley penal más benigna, compartiendo los argumentos y conclusiones del



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

dictamen del Sr. Procurador Fiscal (Fallos 330:4544). El fundamento es el siguiente: *“En este sentido, advierto que -tal como reclaman los recurrentes- la ley 26.063 (sancionada el 9 de noviembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial del 9 de diciembre siguiente) ha introducido una importante modificación en la descripción típica del artículo 9 de la ley 24.769, al aumentar de cinco mil a diez mil pesos el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social”*.

“Por otro lado, el análisis acerca de la aplicación de ese principio legal, que ha sido también establecido en tratados de orden internacional con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), no parece necesitar en el sub examine de mayor debate (Fallos: 321:824 -disidencia de los doctores Fayt, Boggiano y Bossert y Petracchi- y 3160; 324:1878; 327:2280 y causa C.77.XL “Cristalux S.A. s/ley 24.144” resuelta el 11 de abril de 2006)”.

Sin embargo, el Procurador Fiscal entiende que la nueva ley supone una *importante modificación* que implica un cambio en la postura del legislador.

En este sentido, la disidencia con el proyecto mayoritario (que no fue el que resultó sancionado en definitiva) en el Honorable Senado de la Nación señalaba: *“Nuestro primer punto de desacuerdo con el dictamen de mayoría tiene que ver con su decisión de mantener inalterados los montos que operan como condición objetiva de punibilidad. Resulta innegable que como producto de la inflación, gran parte de ellos han quedado desactualizados y que*

esto genera una distorsión de la política criminal al forzar la persecución de casos de escasa relevancia. Esta situación, además, se torna más compleja día a día”.

“En efecto, el propio proyecto del Poder Ejecutivo pretendía originalmente multiplicar por 10 cada uno de los montos en virtud de los 15 años que han transcurrido desde la sanción de esta ley y con el objetivo de “mantener una razonable proporción entre la magnitud de la afectación del bien jurídico y el contenido injusto de los distintos 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”.

Debe recordarse que este cambio es de una condición objetiva de punibilidad y no de la descripción típica, lo cual fortalece el argumento de la ausencia de un cambio o error, con relación a la ley previa. Se trata de la misma condición objetiva de punibilidad adaptada a la realidad económica actual.

Resulta clarificante el ejemplo propuesto por Rodríguez Mourullo, citado por Lascuraín Sánchez, referido a las modificaciones por adecuación de la moneda en momentos de inflación, al señalar que: *“...resultará disfuncional que, por aplicación de una norma que resitúa la frontera entre el delito y la falta en las 50.000 pesetas en lugar de en las 30.000 anteriores, se castigue como falta el hurto de un reloj que valía 35.000 pesetas en el momento de su comisión, vigente la ley anterior, y que vale 55.000 en el momento del enjuiciamiento, vigente la nueva ley...”* (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio Sobre la retroactividad penal favorable, Civitas, Madrid, primera edición, 2000, pág. 39).



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Luego sostiene que *“...lo importante para la protección penal de la Hacienda Pública no sea el preguntarnos si el comportamiento de entonces es punible hoy a la luz de la vigente normativa tributaria, sino si, en su momento, el ciudadano no contribuyó a las cargas generales según el baremo entonces vigente y fruto de las consideraciones fácticas y axiológicas del legislador tributario de entonces...”* (op. cit., p. 50).

Sentada la plataforma dogmática, se observa de los antecedentes parlamentarios que motivaron la modificación en el aumento de los montos de la Ley Penal Tributaria, los mismos responden al objetivo principal de actualizar -compensando- la depreciación sufrida por la moneda nacional en armonía con los cambios inflacionarios que repercutieron en la economía actual.

De este modo se observa que la finalidad del legislador no fue desincriminar la conducta, o reducir las penas, ni beneficiar aquellos sujetos investigados con una exculpación o amnistía, ni responde a un cambio “valorativo” que haga innecesaria la activación de los principios de prevención general y especial de la pena, sino por el contrario se debió a una mera “circunstancia” de actualizar los montos por depreciación de la moneda.

Sin ser reiterativo, pero la complejidad del caso lo amerita, cabe destacar el precedente del Alto Tribunal citado -ut supra- (Fallos: 299:146) que con la misma inteligencia que se le pretende dar al principio en estudio, entendió que no correspondía la aplicación retroactiva

de la pena de multa por cuanto su modificación se debió a mantener el valor nominal de la moneda frente a su progresiva depreciación.

Para finalizar cabe agregar lo recientemente dictaminado por la Procuración General de la Nación, en un caso análogo al presente al decir que: *“En definitiva, una lectura adecuada de la ley 27.430, en cuanto elevó el monto mínimo para la punibilidad del delito de evasión tributaria, igual que su antecedente inmediato, la ley 26.735, lleva a concluir que el legislador no pretendió con ella articular un cambio en la valoración social de ese comportamiento que había dado fundamento a la criminalización de ese delito y a la limitación de su sanción penal a los casos que representaran más de cierto valor económico mínimo. Antes bien, el objetivo de este aspecto de la reforma fue solamente corregir los efectos de la depreciación de la moneda nacional en la que fue expresada esa condición objetiva, a fin, no de variar, sino de mantener en los hechos una política criminal en línea con la valoración original de la legislación reformada”*.

“Es por ello que, en mi criterio, no hay fundamento que pueda justificar extender el derecho invocado en el sub examine, como lo ha hecho el a quo, a la aplicación retroactiva del nuevo monto de punibilidad de la evasión dispuesto por la ley en debate. Por las razones presentadas, la recta interpretación de las normas federales en juego ha de llevar a la conclusión de que la reforma en cuestión es tal que los imputados no tienen un derecho fundamental a su aplicación retroactiva...” (Dictamen de la Procuración General de la Nación, “F. Gastón Javier y otro s/ evasión simple tributaria”, FCB 12000093/2012/1/1/RH2”; del 18/10/2018).



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Por su parte, la Sala Tercera de la Cámara de Casación Federal ha resuelto que en estos supuestos no es aplicable el principio de ley penal más benigna (Causa N° FRO 51000313/2000/CFC1 “Galetti, Carlos Antonio s/recurso de casación”, reg. N° 765/18), cuya fundamentación coincide, parcialmente, con la antes expuesta.

En definitiva, hay un caso federal acerca de la aplicación de una regla o principio de jerarquía constitucional (cuestión federal directa), la Cámara de Casación ha resuelto en contra de la postura del Ministerio Público Fiscal sin dar respuesta a los fundamentos esgrimidos acerca de la no aplicación de este principio a esta clase de casos (arbitrariedad por fundamentación aparente).

La controversia es tal que, como he reseñado, una de las salas de ese Tribunal ha resuelto en el sentido aquí petitionado, por lo cual no puede sino concederse el recurso aquí planteado.

Un argumento adicional, que no puede ser descartado sin más, es la necesidad de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puesto que la cantidad de recursos planteados y a plantearse sobre este tema es de una magnitud importante, tal que hace a esta cuestión de trascendencia no sólo jurídica, sino material (art. 280 del CPCyCN, *a contrario sensu*).

El suscripto deja a salvo el criterio que fuera plasmado en dictámenes anteriores al dictado de las resoluciones Generales PGN N°5/12 y 18/18, en mi carácter de Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico (cf. dictámenes 5011/18 causa CPE 481/2014 -interno

2466- caratulada “Videla, Luís (Grupo Almar S.R.L.)” del TOPE n° 1; 5049/18 causa CPE 1068/2013/TO2 -interno 2687- “Lemos, Marcela” del TOPE n° 3; y los emitidos a la época del dictado de la Res. PGN 5/12: Dictámenes 2484/12, causa 1817, “Malmierca”; 2503/12, causa 1500, “Bonardi”; 2505/12, causa 2259, “Airasca”; 2512 causa 1858, “Barry”, del registro del T.O.P.E. n° 2).

VII- RELACIÓN DIRECTA E INMEDIATA

La cuestión federal propuesta se vincula a los puntos decididos en la resolución impugnada y es eficaz para modificarla, con lo que se verifica en el caso la relación directa e inmediata que exige el art. 15 de la ley 48 (Fallos: 328:4423).

VIII- PETITORIO

Por todo lo expuesto a V.E. solicito:

- 1- Tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario contra la resolución dictada por esa Sala II (reg. 1154/21 del 13/7/21);
- 2- Conceda el recurso y eleve los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que deje sin efecto la resolución por esta vía impugnada, ordenando que se continúe con la sustanciación del proceso.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERA JUSTICIA.-