

“Ley penal más benigna ¿La CSJN le puso punto final a la discusión con el fallo “Vidal”?”

por Juan Manuel Álvarez Echague, Gabriel E. Ludueña y Antonio J. Cricco

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo parte del análisis de un caso reciente que tuvo resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN-.

Se trata del fallo: "Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.769" de fecha 28 de Octubre de 2021 –en adelante “Vidal”-.

Sucedió que nuestro máximo tribunal ha hecho nuevamente aplicación del principio de jerarquía constitucional y convencional que exige en materia penal la adopción de la ley penal más benigna.

Lo novedoso es que lo ha hecho luego varios años (catorce) durante los cuales se puso en discusión la aplicación del precedente “Palero”¹, al caso del aumento de los umbrales mínimos que existen para la mayoría de las figuras penales tributarias.

En “Palero” se aplicó la garantía conforme la reforma de la ley 26.063 a la ley 24.769. Luego se volvieron a aumentar los montos por la ley 26.735, pero la CSJN aplicó a dicha cuestión el certiorari (art. 280 CPCyCN) en el caso “Soler”², por lo tanto privó a la casuística en debate de la definitiva postura judicial.

Por último, en relación con el nuevo régimen penal tributario por ley 27.430 el mismo no había sido hasta el momento analizado expresamente por el máximo tribunal.

Antes de iniciar el análisis del caso en concreto verteremos algunos conceptos sobre la garantía constitucional denominada ley penal más benigna.

II.- EL PRINCIPIO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA.

¹ Fallos 330:4544.

² Del 18 de febrero de 2014.

En materia penal, a diferencia del derecho financiero, el principio de irretroactividad de la ley está consagrado expresamente en la Constitución Nacional.

De esta manera el art. 18 de la Carta Magna señala que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (“*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”).

Sin embargo, el CP en su artículo 2º establece como excepción lo siguiente: “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*” (el subrayado es propio).

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna solo tenía jerarquía legal, pues estaba receptado en el CP, pero pasó a tener jerarquía constitucional a partir de 1994³, por imperio del actual art. 75 inc 22 de la CN, que le otorga a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional.

Concretamente se prevé esta jerarquización por efecto del contenido del art. 9 del Pacto de San Jose de Costa Rica y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señalan “*...Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

Asimismo, estos tratados otorgan una pauta interpretativa en sentido amplio, de las garantías receptadas pues contienen disposiciones que prohíben a los Estados formular interpretaciones que signifiquen un menoscabo a los derechos reconocidos, so pretexto de que el Tratado lo reconoce en un menor grado⁴.

³ Anterior a esa fecha solo tuvo jerarquía constitucional con la vigencia del art. 29 de la Constitución de 1949, pero luego esta normativa fue derogada.

⁴ El artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o

Con respecto a la vigencia de las normas penales, el CP argentino no contiene una norma específica al respecto, por lo tanto debemos remitirnos a nuestro Código Civil y Comercial Unificado que en su art. 7° señala que *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”*.

Tal como sostiene Sebastián Soler⁵ *“al sucederse una o varias leyes penales, la cuestión que se presenta es la de investigar con que ley debe juzgarse un hecho, a saber: si con aquella que regia cuando el hecho se cometió, o con la que rige cuando se dicta la sentencia, o mientras se cumple la pena, o con una ley intermedia”*.

Según Eugenio Zaffaroni,⁶ la ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad o del menor tiempo de

realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

El pacto de San Jose de Costa Rica tiene una disposición similar contemplada en el art. 29 que reza de esta manera: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁵ Soler Sebastian, *“Derecho Penal Argentino”*, Tomo I, Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 246.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia Alejandro, Slokar, Alejandro en *“Derecho Penal Parte General”*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 121.

prescripción. También menciona que puede ser una distinta clase de pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales.

III.- EL TEMA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS MONTOS EN LA LEY 26.735, EN OTRAS LEYES Y EN LA CARTA MAGNA.

Se había dicho que no podía entenderse que la ley 26.735 que modificó el régimen penal tributario sea una mera norma actualizadora⁷.

La ley 23.771, en su art. 2, disponía oportunamente una forma de actualización de los montos de manera mensual⁸.

Tiempo más tarde, se dictó la Ley 23.928⁹, que estableció la paridad cambiaria (un peso = un dólar) promulgada el 27 Marzo de 1991, y se prohibió todo tipo de actualización de valores.

Si bien, en el año 2002 se dictó la Ley 25.561, modificatoria de la Ley 23.928, y que quebró la paridad cambiaria con una devaluación, nada ha sido alterado, respecto de la imposibilidad de actualizar deudas o valores¹⁰.

⁷ Al respecto Gabriel Ludueña (“La aplicación de la nueva ley penal tributaria en el tiempo. Ley penal más benigna y periodos fiscales involucrados”. Publicado en Rev. Impuestos (La Ley) 2012-4, 19) ha dicho que los montos, no sufrían alteración alguna, desde el año 1997 (donde un dólar era igual a un peso), salvo en lo que respecta al art. 13 de la ley 26.063 (BO 09/12/2005) -que había elevado de \$5.000 a \$10.000- el monto, a partir de cual el delito previsto en el artículo 9 de la ley 24769, resultaba punible”... “...si tomamos en cuenta la actualización de los montos desde el año 1997, a la fecha de la reforma (Diciembre del 2011) aplicando el índice de precios al consumidor nivel general, veremos que el aumento que aplicó la reforma ha resultado por encima de estos valores....Ello, así pues “actualizar” alude al solo mantenimiento del valor de una suma dineraria, que se ha visto envilecida, por el transcurso de un periodo de tiempo inflacionario. Como la reforma no ha tomado un índice actualizador sino que lo ha hecho en un 400%, emparentado al patrón dólar, debemos hablar de un aumento de los montos.

De esta manera, no se puede justificar, la no aplicación de la garantía de la retroactividad, bajo el argumento, de que se trato de una simple actualización de los montos, motivada por la inflación”.

⁸ Conforme a la variación que experimente el índice de precios mayoristas nivel general que publique el INDEC tomándose como base el índice de diciembre de 1989.

⁹ Ley de convertibilidad.-

Parte de la doctrina¹¹ sostiene que la reforma en análisis debía retomar este camino, y que al contemplarse un mecanismo de actualización en la propia norma, no se estaría en una modificación del tipo penal. En síntesis no habría vulneración del principio de legalidad y tampoco habría aplicación del principio de ley penal más benigna, pues el aumento de los montos por un coeficiente indexatorio solo tendría como motivo el reconocimiento del efecto inflacionario y no un cambio valorativo legislativo.

Claro que ello, no es posible por los impedimentos, establecidos en las leyes 23.928 y 25.561.

El propio mensaje del Poder Ejecutivo, que integró el proyecto de reforma, de fecha 17/03/2010 (se publicó bajo ley 26735), refería que la modificación pretende o ha tenido por finalidad actualizar los montos mínimos utilizados como condiciones objetivas de punibilidad, a los fines de que representen, una adecuada proporción entre el injusto y el bien jurídico tutelado, disminuyendo el cumulo de causas de menor cuantía, permitiendo que la justicia se enfoque en las grandes evasiones.

De esta manera, señalaba que: *“...el aumento del monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna. Ello, en atención a que no extraña una modificación de la política criminal en la materia, sino exclusivamente una adecuación cuantitativa que mantiene incólume la decisión punitiva fijada por el legislador respecto de dichos ilícitos, sin establecer nuevos rangos de eximición penal”*.

En estos términos, se propiciaba incorporar a la ley 24.769 como art. 17 bis la siguiente disposición: *“El aumento fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos tipos contemplados en la presente, no dará lugar a*

¹⁰ De esta forma, art. 10 de la ley 23.928, en su redacción actual, dispone que se mantienen derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

¹¹ Durrieu Roberto y Becerra (H), “Análisis de la Reforma al Régimen Penal Tributario”, publicado en Suplemento Especial “Reforma del Régimen Penal Tributario”, La Ley (Enero/Febrero 2012), pág. 32.

la aplicación del principio de ley más benigna. En los hechos cometidos con anterioridad resultaran aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión”. Respecto de ello, el proyecto del PEN, señalaba en lo sustancial que al ser los montos, condiciones objetivas de punibilidad, su adecuación cuantitativa mantiene incólume la decisión punitiva del legislador.

Este fue uno de los puntos más criticados de aquel proyecto por parte de la doctrina¹² pues se consideraba inconstitucional esa prohibición y en razón de ello se entiende que la ley 26.735 no la aceptó.

Otra parte de la doctrina, la que entendemos minoritaria, señaló que si los montos se han actualizado, a raíz de que se han envilecido por la inflación, no debe aplicarse la nueva ley, pues el reproche penal se mantiene, ya que los hechos tenían entidad económica suficiente al momento de la consumación¹³.

A nuestro modo de ver, la retroactividad de la ley penal más benigna tiene lugar ante un aumento de los montos, a raíz de la interpretación amplia que ha tenido el principio (de jerarquía constitucional según art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en las palabras de la CSJN en la difundida causa “Palero”, que remite a su par “Cristalux”, al sostener que el propósito de este principio es que el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificación ulterior de la legislación.

Resulta apropiado extendernos en señalar este desarrollo jurisprudencial.

IV- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

De forma incidental no podemos de dejar de mencionar con respecto a la actualización de las penas, no de los importes evadidos a partir de los

¹² Entre otras opiniones, destacamos a Durrieu Roberto y Becerra (H), “Ley Penal Tributaria. El proyecto de reforma y sus posibles consecuencias”. LL 20/05/10.

¹³ Hernán De Llano y Nicolás Ramayón “Los delitos económicos en la jurisprudencia” Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, Pág. 774 con cita a Bonzon Rafart y Vidal Albarracin “Los límites monetarios en los regímenes penal tributario y aduanero” Revista Tributación de la AAEF N° 1, Pág. 115.

cuales se aplica las sanciones, que en materia de multas aduaneras, -según art. 10 de la ley 21.898-, la jurisprudencia de la CSJN ha sufrido una evolución.

En un primer momento, en la causa “*D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina*”¹⁴ del año 1982, consideró inconstitucional las leyes que impliquen empeorar las condiciones de los infractores pues ello transgrede el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal en cuyo concepto se incluye el régimen de actualización monetaria contenido en la ley 21.898.

Luego, expresamente se abandona esta postura, en el caso “*Bruno Hnos. S C y Otro c. Estado Nacional*”¹⁵ del año 1992, pues se consideró que el monto nominal de la multa es susceptible de ser actualizado por depreciación monetaria, en la medida que no se altere la relación entre la sanción y el valor de la mercadería, pues ello no implica un agravamiento de la sanción sino que impide que se desnaturalice.

También, en relación a problemas inflacionarios, la CSJN continuó rechazando la aplicación del principio de ley penal más benigna en “*San Cristóbal*”¹⁶ de 1994 donde señaló, que el mantenimiento de la sanción es independiente a que subsista, al momento de decidir la aplicación de la multa, el régimen de tarifas mínimas establecidas en base a la ley 20.425, que se había vulnerado.

Resulta pertinente traer a colación, el caso de la ley 19.359, reguladora del derecho penal cambiario (donde abundan las normas penales en blanco), pues en su art. 20 inc. a) dispone que no resultará de aplicación el principio de ley penal más benigna.

En el ámbito jurisprudencial, a modo de regla, la CSJN, no había considerado de aplicación el principio de la ley penal más benigna, en materia penal cambiaria, y en materia de leyes penales en blanco¹⁷ cuando no se modificare el tipo legal o la pena.

¹⁴ Fallos: 304: 849.

¹⁵ Fallos 315:923.

¹⁶ Fallos 317: 1541 del 17/11/1994

¹⁷ Comparto lo sostenido por destacada doctrina que señala respecto de este principio y la aplicación de la retroactividad de la ley penal más benigna lo siguiente: “La ley

De esta manera, la CSJN en “*Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. ley 19.359*”¹⁸, de 1997, señaló que las variaciones de la ley penal en blanco, no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, pues estas son actos administrativos, de naturaleza eminentemente variable, y ello importaría despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlos.

En similar sentido, se pronunció en el caso “*Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario*”¹⁹ de 1998, pero ya con la disidencia de Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert que anticiparon la postura que se impondría finalmente. También integro la disidencia, según su propio voto, la opinión del Dr. Petraqui.

Fayt, Boggiano y Bossert, en su disidencia, mas precesisamente en el considerando 9° señalaron “...para la interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe...y a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derecho Humanos en su artículo 29 y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 5 que disponen que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en los pactos o limitarlos en mayor medida que la prevista en ellos”.

Y, en el considerando 14° señalaron: “...que la única razón para admitir la ultra actividad de la ley penal debe hallarse en los supuestos de leyes temporales o de emergencia...”

penal se integra: con A (ley del congreso que establece acción y pena) + B1 (reglamentación del PEN que completa o llena la acción delictiva), de modo que para condenar, luego se concluye: A+B1. Ahora bien, si con posterioridad por una derogación o reforma de la reglamentación la situación pasa a ser: A (ley del congreso se mantiene inalterada) + B2 (nuevo reglamento que desincrimina la conducta que antes era punible), los tribunales...suelen decir que sigue habiendo tipicidad porque A no cambio...Esto no parece correcto desde la lógica...Ergo, si la ley de hoy, el conjunto A+B2, es más benigno que el anterior: el conjunto A+B1, no debería aplicarse. De Luca Javier A. en “Leyes Penales Más Benignas, En Blanco y Constitución Nacional”, Ed. Ad. Hoc, 2 Edición, Año 2010, págs. 15 y 16.

¹⁸ Fallos 320:763 de fecha 06 de Mayo de 1997.

¹⁹ Fallos 321:824 de fecha 16 de Abril de 1998.

Petraqui, en el considerando 7º, transcribiendo en parte la sesión en la ONU en que se dictó dicho pacto, señaló: “*no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de la aplicación de esta garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de que “el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificaciones ulteriores de la legislación”...*” “*...se vería inicialmente sembrado de obstáculos*”. Por último, este magistrado comparte con la disidencia anterior el hecho de que este principio no operaría ante supuestos de leyes temporales o de emergencia.

Esta doctrina de la CSJN, se transformó en mayoría, en la causa “*Cristalux SA*”²⁰, de fecha 2006, donde la CSJN, remite al voto de la disidencia de “*Ayersa*”, y en particular al del Dr. Petraqui.

De esta manera, pasa a integrar la postura de la mayoría de la CSJN, la tesis que sostiene que resulta imposible pretender que una rama del derecho represivo esté excluida de la esfera de aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, ya que de otro modo, el propósito de este principio (que el delincuente se beneficie lo más posible de cualquier modificación ulterior de la legislación) se vería obstaculizado.

Solo cabría la aplicación con ultraactividad en supuestos en que la modificación normativa tenga naturaleza coyuntural, es decir que se trate de una ley de emergencia o temporal.

La CSJN, a partir de la doctrina fijada en “*Cristalux SA*”, ha hecho aplicación de esta garantía, respecto a los delitos penales tributarios.

Ello aconteció en la causa “*Palero Jorge Carlos s/ Recurso de Casación*”²¹ del año 2007, donde estableció que el art. 13 de la ley 26.063 -que había elevado el monto, a partir de cual el delito previsto en el artículo 9º de la ley 24.769, resultaba punible-, debía ser aplicado como **ley penal más**

²⁰ Cristalux S.A. s/ ley 24.144, Fallos 329:1053 de fecha 11 de Abril de 2006.

²¹ De fecha 23 de Octubre de 2007, que a su vez, remite al dictamen de la Procuración, de fecha 22 de Septiembre de 2006.

benigna, pues la modificación introducida²², importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra.

Expresamente, el Dictamen de la Procuración se remite a la disidencia de “Ayersa” y a la causa “Cristalux SA”, y la CSJN comparte dicho dictamen.

Vemos que la CSJN en esta causa (“Palero”) ya ha resuelto una situación análoga a la que se plantea con la reforma y con el aumento de los montos, por lo que entendemos no debería cambiar su postura, sobre todo porque el 28/07/2009, reafirma el criterio de “Cristalux SA” en la causa “Docuprint SA s/inf. Ley 24.144”.

V- EL CASO “VIDAL”.

A continuación haremos el relato de los hechos de la causa y de la resolución adoptada.

V. a. Antecedentes.

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, luego de valorar que la ley 27.430 no era aplicable retroactivamente como ley penal más benigna, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, casó y anuló la decisión recurrida proveniente de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que -a su turno- había confirmado -en lo que aquí interesa- el sobreseimiento total de Matías F. Vidal y de Francisco Susmel en orden a las supuestas evasiones de pago del Impuesto a las Ganancias²³.

La defensa técnica solicitó un dictado de una sentencia plenaria, que fue rechazado, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario, el que fue admitido.

²² Aumento el monto de cinco mil pesos (\$5.000) a diez mil pesos (\$10.000).

²³ Correspondientes al ejercicio fiscal 2011 y del Impuesto al Valor Agregado por el mismo ejercicio (períodos fiscales mensuales 1, 2 y 3 del 2011) a cuyo ingreso se habría encontrado obligada la contribuyente RB INDUSTRIAL S.A.

En cuanto a los restantes antecedentes cabe destacar que la sanción de la ley 27.430 (B.O. 29.12.2017) introdujo significativas reformas en el régimen impositivo argentino en general, entre las cuales, por intermedio de su artículo 279, consagró un nuevo régimen penal tributario que derogó al anterior (artículo 280) que estaba vigente según ley 24.769 (B.O. 15.1.1997), con las reformas introducidas por las leyes 26.063 (B.O. 9.12.2005) y 26.735 (B.O. 28.12.2011). En lo que aquí concierne, mantuvo el sistema de cuantías mínimas para regular algunos de los delitos en él previstos, tratándose -por lo demás- de una modalidad que ya contemplaba su predecesora -la 23.771 (B.O. 27.2.1990)- con las modificaciones introducidas por ley 24.587 (B.O. 22.11.1995) que las catalogaba como condiciones objetivas de punibilidad, en calificación que había abandonado la ley 24.769 (y sus reformas) y que el actual Régimen (ley 27.430) retoma (artículo 1º, último párrafo).

A partir de la ley 27.430, el máximo representante del Ministerio Público Fiscal dictó la Instrucción General aprobada por resolución PGN 18/18, de fecha 21 de febrero de 2018 suscripta por el Dr. Casal e impartió la directiva, a todos los fiscales con competencia federal en materia penal, para que se opusieran a su aplicación retroactiva. Mantuvo así los lineamientos trazados en la otrora resolución PGN 5/12, del 8 de marzo de 2012, a propósito de la reforma que la ley 26.735 había introducido en las cuantías mínimas de los distintos delitos del anterior régimen penal tributario (24.769).

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos instruyó a las áreas del Organismo de Aplicación para que acompañaran al Ministerio público Fiscal en su oposición a la consideración de ley penal más benigna por aumentos de montos mínimos a partir del cual se dispara la punibilidad, todo eso en el entendimiento que tales aumentos no responderían a cambios valorativos del legislador, sino a meras actualizaciones de montos por efecto de la inflación que envilece a la moneda de curso legal.

Ello por supuesto generó una gran cantidad de causas a resolver en la instancia del Máximo Tribunal.

La CSJN entendió en lo sustancial que la Casación debió hacer lugar al plenario planteado por los recurrentes, invocando los fallos “Casal”

(Fallos: 328:3399) y “Di Nunzio” (Fallos 328:1108, considerandos 8 y 10 con cita a fallos 318:514 “Giroldi”).

En este sentido la CSJN consideró que debía mantenerse incólume la doctrina fijada en *Palero*²⁴ y le formuló a la instancia de Casación Sala III ciertas críticas como la falta de certeza y prontitud que deben guiar la actividad jurisdiccional a tal punto que podría declararse, por estar reunidos los extremos del caso, la nulidad del auto de concesión del recurso por falta de fundamentación a la vez que también por falta de agotamiento de la competencia propia del tribunal intermedio, todo conforme doctrina en causa “Di Nunzio” (Fallos 328:1108). Pero tal proceder solo generaría mayores demoras a una tramitación penal que obviamente debería resolverse con la mayor prontitud posible.

Es por lo tanto que la CSJN entendió que el tema de la actualización monetaria que plantea la ley 27.430 no es una novedad que justifique apartarse de “*Palero*” y que dicha cuestión en todo caso quedó zanjada cuando se dictó el fallo “*Soler*”.

La CSJN en el considerando 17 señala que una lectura de los antecedentes parlamentarios que culminaron con la sanción de la ley 26.063, refleja que -contrariamente a lo sostenido por las partes acusadoras y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal- efectivamente sí se había dicho algo sobre la “*actualización monetaria*” en ocasión de tratarse ese proyecto de ley y señalarse que la modificación introducida en el “*monto cuantitativo*” del entonces artículo 9° de la ley 24.769 respondía a esa finalidad.

La CSJN señala que no se ha observado un motivo o parámetro para sostener que efectivamente los nuevos montos cuantitativos hayan respondido a una actualización monetaria.

En el considerado 18 se da cuenta del trámite que recibió el proyecto de ley (26.735) con el agregado del art. 17 bis en cuanto consagraba que el aumento de los montos no dará lugar a la aplicación de la ley penal más

²⁴ Fallos: 330:4544. Los términos de ese parecer no se modificaron en el caso “*Soler*” (18 feb 2014) cuando la Corte Suprema desestimó, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación un planteo similar.

benigna. Finalmente la ley salió publicada sin esa disposición que obviamente se presume que se la entendió inconstitucional hasta por el propio redactor legislativo y por ende no la incorporó como norma positiva.

En el considerando 19 se enfatiza que la creación por parte de la ley 27.430 de la UVT²⁵ tampoco permite apartarse del precedente “Palero”. En estos términos expreso que no tenía sentido crear las UVT *“si es hasta ese momento las sucesivas reformas introducidas en los “montos cuantitativos” encontraban ese obstáculo para calificar como “actualizaciones monetarias” pasibles de operar del modo en que se argumenta.*

Es decir, si el legislador hubiera entendido que la elevación de los montos eran una mera actualización monetaria no se entiende porque creó en esa misma ley las UVT.

Por último en el considerando 22) concluye la CSJN que, cabe descalificar lo resuelto por la Sala III en el sub lite, al igual que en todas las decisiones adoptadas en los restantes casos en los que replicó la misma solución y en cuyo marco el Tribunal resolverá por remisión a autos en tanto y en cuanto confluyan las mismas circunstancias, es decir para la gran cantidad de casos análogos al resuelto “Vidal” se deberá aplicar inmediatamente el mentado principio de Ley Penal Mas Benigna y dejar de lado la persecución penal respectiva.

V.b. La CSJN entendió que no hubo una actualización monetaria.

La CSJN observa que no puede interpretarse válidamente de la ley que el aumento de los montos se corresponda con una actualización monetaria además de no haber ninguna razón para apartarse del antecedente “Palero” donde también había una justificación en tal sentido.

En consuno para ello, es decir para actualizar montos, el legislador habría creado las UVT.

²⁵ Unidad de Valor Tributario (cfme. ley 27.430, art. 302).

V.c. Las distintas opiniones del procurador Casal.

Indudablemente la génesis de esta controversia que la CSJN recientemente ha resuelto, proviene a partir de la reedición efectuada por el actual Procurador General Interino, quién en el año 2018 por medio de la RG 18/18 reeditó a su similar RG 5/12 y por lo tanto entendió que este principio constitucional y convencional de ley penal más benigna no era aplicable pues solo implicaba para el caso un cambio normativo por actualización de valor a causa de la inflación y no una modificación valorativa Legislativa.

No obstante el criterio adoptado en el año 2018 es contradictorio con la postura asumida por este Funcionario cuando en su momento como Procurador Fiscal debió dictaminar en el caso “Palero” pues ahí sí entendió que la modificación de montos, no obstante haber quedado bien claro en esta sentencia en comentario que se debió a un cambio de importe por efecto de la inflación (actualización), lo habría sido a partir de una modificación valorativa del legislador, ya que solo modificó en su monto uno de los tipos penales y no la pluralidad de los contenidos en la Ley 24.769.

A partir de tal errado criterio, que la CSJN obviamente resaltó y descartó en su existencia fundante, entendemos que se ha desencadenado toda esta acumulación de causas penales sin resolución firme y definitiva hasta esta sentencia “Vidal”, ya que se obligó a partir de tal errado criterio la sistemática apelación de todas las decisiones que aplicasen el principio de ley penal más benigna a casos como el de autos.

VI. CUESTIONES SIN RESOLVER, PROBABLES CONTROVERSIAS A FUTURO.

En este punto en primer lugar entendemos que más allá de la loable y bienvenida doctrina de la CSJN en relación con la actividad plenaria de la Casación Federal, no deberíamos pasar por alto que sí en su momento el Máximo Interprete hubiese sido explícito en la resolución de la causa “Soler”, la

cual era análoga también como en este caso a una infinidad de casos radicados en tal Tribunal, indicándonos que la cuestión a resolver era sustancialmente idéntica a “Palero”, creemos que hubiese sido de gran ahorro, evitando todo este dispendio, pues habría obturado o dejado sin argumentación la interpretación emanada de la RG 18/18 de la PGN.

Más allá de ser de la idea, que la eventual existencia de un plenario en la CFCP tampoco hubiese evitado el cúmulo de causas en la CSJN, pues consideramos muy probable que por medio de recursos de queja las fiscalías y querellas hubiesen seguido recurriendo a la CSJN conforme orden impartida por parte de la RG 18/18.

Por otro lado igualmente la falta de aplicación, ante estos indudables escenarios inflacionarios que atraviesa el país, de una unidad de indexación tributaria o similar (UVT), conlleva a que actualmente exista una expansión de causas penales tributarias que lo más probable es que lleven a una solución legislativa similar a la otorgada por la ley 27.430 en aumentos de montos, máxime ante la falta de reglamentación y operatividad de la unidad de valor tributario (UVT) que referenció la propia ley 27.430²⁶, pero que nunca hasta el momento se efectivó normativamente, lo cual podría volver a reeditar la cuestión. Teniendo que por ende ser muy preciso y explícito el Legislador para exponer su voluntad de simplemente actualizar montos.

No obstante en relación a su falta de expresa regulación actual de la UVT, en una evidente pasividad tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, entendemos que tal omisión puede ser superada por la propia interpretación y aplicación que de tal unidad hiciese para casos de denuncias penales el propio Poder Judicial, pues entendemos que perfectamente puede suplir la desidia del colegislador, adecuando a cada momento consumativo del hecho los importes actualizados, utilizando para ello el índice de precios al consumidor nivel general²⁷ elaborado por el INDEC, siendo tal proceder un claro ejemplo

²⁶ Según art. 303 de la ley 27.430 se debió enviar por parte del PE un proyecto de la ley antes del 15/09/2018, pero luego se prorrogó por art. 88 de la ley 27.467 hasta el 15/09/2019, no obstante hasta el momento no se ha sido aprobado la respectiva ley que operativa tal UVT.

²⁷ Que es el que actualmente se utiliza conforme Ley Impuesto a las Ganancias, art. 93 y 106 para actualizar ciertos importes para liquidar tal

garantista de aplicación del principio “pro homine” por inacción de los otros poderes del Estado.

De hecho sí tenemos en cuenta que la ley 27.430 es de aprobación diciembre de 2017 y que el referido índice de precios al consumidor nivel general ha tenido hasta octubre de 2021 un incremento de casi un 200%, concluimos que la aplicación del referido coeficiente implica en los hechos concretos -ejemplo para la muy común figura de la apropiación indebida de tributos o recursos de la seguridad (cfme. art. 4° y 7° RPT)- que actualmente no fuesen punibles -tal cual marca el nominalismo de la ley- hechos que superen los \$ 100.000 mensuales de no ingreso, sino únicamente si alcanzaren el umbral de los \$ 296.850,00 para octubre de 2021, con lo cual es obvio que la inflación que aqueja a nuestro país posee su fuerte impacto en estos casos, generándose por consiguiente que se persigan penalmente en los hechos situaciones que no fueron valoradas como punibles por el Legislador al momento de sancionarse la norma represiva.

VII. CONCLUSIÓN.

El Máximo Tribunal, como en la causa “Palero Jorge Carlos s/ Recurso de Casación”²⁸ del año 2007, se aferró a sus precedentes.

Interpretó que la ley 27430 no era actualizatoria y desechó el argumento plasmado en la instrucción 18/18 suscripta por el procurador interino Casal. Con eso le basto a la CSJN.

Seguramente el fallo Vidal coloque en agenda la necesidad de efectivizar las UVT. Si ello sucede surgirá otro debate sobre si dicha novedad torna inoperante la garantía de ley penal más benigna.

Es por ello que este tema ha quedado resuelto hasta el momento pero con leyes actualizatorias o con las propias UVT volverán a escena la aplicación de la garantía solicitada por los defensores en una interpretación amplia y la postura contraria por parte de los fiscales.

²⁸ De fecha 23 de Octubre de 2007, que a su vez, remite al dictamen de la Procuración, de fecha 22 de Septiembre de 2006.