

II SEMINARIO SOBRE LA LEY PENAL TRIBUTARIA, LAVADO DE DINERO Y DELITOS ECONÓMICOS, FINANCIEROS Y CAMBIARIOS

“La reforma a la ley penal tributaria y la aplicación del principio de ley penal más benigna. El *ne bis in idem* por concurrencia y acumulación de ilícitos infraccionales y delictuales”

Consejo Profesional de Ciencias Económicas
de Salta / UNSa / UCASaI

16 y 17 de agosto de 2012.

Temas a tratar

- I. Cuestiones de política criminal.
- II. El principio de legalidad y la retroactividad de la ley penal más benigna.
- III. Acumulación de sanciones administrativas y penas privativas de libertad (*Ne bis in idem*).
- IV. Proporcionalidad de las penas.

Reflexiones iniciales

- En los últimos tiempos ha proliferado la sanción de normas penales, en muchos casos, sin fundamento sólido de política criminal.
 - De ese modo se expande indiscriminadamente el ámbito de aplicación del derecho penal, cuando el mismo debe ser el último recurso en un Estado de derecho.
- El CP, a 90 años de su vigencia ha sido modificado cerca de 900 veces.
 - Esto genera la “descodificación”, “administrativización” y “banalización” de la ley penal.
 - Ha provocado la pérdida de toda noción de sistema, coherencia, armonía y proporción, internamente y con relación a todo el numeroso conjunto de leyes especiales que lo complementan.

La cuestión en el dcho. penal trib.

- En materia penal tributaria se ha ido ampliando, nunca disminuyendo, el ámbito punitivo.
 - Se creó un fuero especializado y se formularon una gran cantidad de denuncias.
 - El flagelo de la evasión no ha disminuido.
 - Parece ser que el derecho penal no resulta tan dinámico como las conductas, en especial cuando se trata de delitos económicos, donde los actores poseen todo tipo de recursos para actuar y encubrir su conducta.
 - ¿Tendrá que ver que se lo haya pensado como un instrumento recaudatorio?

Diputado Albrieu

“ De esta forma, respondemos al pedido formulado en tal sentido por administraciones provinciales, concediéndoles así una herramienta más para hacer efectivas sus acreencias tributarias” .

¿Ha fracasado el sistema penal tributario?

- ❖ Si lo consideramos en función a las condenas (entre el 1 y 2% de las denuncias), parece que no ha sido todo lo efectivo con el que originalmente se lo pensó.
- ❖ Ahora bien, si analizamos su impacto en la conducta social, desde la prevención general, el resultado es aún menos alentador.
 - ❖ No parece que la importancia y efectividad de las penas dispuestas para los delitos tributarios haya logrado que el delincuente se abstenga de actuar por temor sufrir las sanciones.
 - ❖ El Estado requiere ingresos para poder financiar los gastos, los que provienen de la transferencia de riqueza que el sector privado le realiza pagando los impuestos.
 - ❖ Y al ciudadano, no le es apetecible pagar impuestos, por lo que, dentro de la legalidad, puede aminorar la carga patrimonial (elusión).

Dos opciones

- ✓ La primera es la más sencilla, pero la menos efectiva. Un sistema penal con sanciones significativas que concientice al ciudadano para que pague correctamente los impuestos, ya que de otra forma será juzgado y castigado con una pena privativa de su libertad por un período de tiempo.
- ✓ La otra estrategia que me parece más efectiva es administrar correctamente los recursos, en forma transparente y que el ciudadano pueda verificar diariamente que el patrimonio que comparte con el resto de los ciudadanos se trasluce en una mejor calidad de vida para la sociedad en su conjunto, dando servicios públicos de calidad.
 - ✓ Además, debe considerarse la regresividad del sistema tributario argentino y,
 - ✓ La gran cantidad de tributos que se deben abonar considerando los impuestos nacionales, impuestos provinciales y tasas municipales.
 - ✓ A lo que se suman los irracionales regímenes de retención y percepción.
 - ✓ ¿Qué papel juega la ausencia de federalismo fiscal en todo esto?
- ✓ Solución: educación + sistema tributario justo + transparencia.

La gran pregunta

- ¿Y si eliminamos el derecho penal tributario?
- Las actuales tendencias del Derecho Penal buscan “soluciones alternativas” al profundo drama humano que implica todo proceso penal.
 - Que fueron concretadas en las distintas reformas de los CPP provinciales.
- Si en los casos donde el bien jurídico es insuceptible de ser reparado, se aplican medidas de “solución alternativa”.
 - Es irracional que no se apliquen las mismas en los delitos de evasión, donde el pago de la deuda con sus accesorios pone al Fisco en la misma situación ante a la comisión del ilícito.
 - SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

II. Ley penal más benigna

- i. Aquella que desincrimina conductas o establece penas menores.
- ii. Puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad o de un impedimento a la operatividad de la penalidad.
- iii. La que fija uno plazo menor de prescripción.
- iv. También puede tratarse de una distinta clase de pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, *probation* y libertad condicional.
- v. Alcanza, inclusive, a las consecuencias procesales.

Retroactividad de la ley penal

- Los problemas que se generarán en la práctica forense serán, múltiples.
 - Será la jurisprudencia quien irá dando las soluciones en casa caso
- Sí es claro que nuestro sistema no tolera la conformación de una *lex tertia* o combinación de leyes.
 - Es decir, el entrecruzamiento y armado a medida frente a cada situación puntual, utilizando normas de dos leyes que se han sucedido en el tiempo.

Proyecto del PEN

- Se pretendía incorporar a la LPT un art. 17 *bis* que establecía que: *“El aumento del monto fijado como condición objetiva de punibilidad en los distintos ilícitos contemplados en la presente, no dará lugar a la aplicación del principio de ley penal más benigna. En los hechos cometidos con anterioridad resultarán aplicables los montos vigentes a la fecha de su respectiva comisión”*.
- El mensaje de elevación del PEN sostenía: *“se propicia también la incorporación del artículo 17 bis de la Ley 24769, estableciendo 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 la ley penal más benigna. Ello, en atención a que no entraña 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”*.

El proyecto del PEN (cont.)

- Era la irrazonabilidad expresada sin cortapisas.
 - Una aberración jurídica, contraria a la Pacto de San José de Costa Rica (art. 9°) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, constitucionalizados en 1994.
- Además, vulneraba lo previsto en art. 2 del C. Penal.

- La sola mención de este desafortunado intento, avala la posibilidad de aplicar retroactivamente la nueva ley penal a los casos en trámite.
 - Debe tenerse en cuenta que el Congreso excluyó, deliberadamente, el artículo cuestionado que integraba el proyecto del PEN.

- Asimismo, existe jurisprudencia concreta vinculada a la elevación de los montos que fundamentan la aplicación retroactiva.
 - CSN, "Palero" (*Fallos* 330:4544) del 23/10/2007 (se verá más adelante).

ART. 2 DEL CP – INTERPRETACIÓN

Art. 2: “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.

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.”

- ❖ Este artículo no distingue si los montos pertenecen al tipo penal o están fuera de él por ser una condición objetiva de punibilidad.
 - ❖ Esta es una cuestión dogmática de absoluta intrascendencia pues, en definitiva, es indiscutible que los montos son parte de la ley penal.
 - ❖ Vale aclarar que el aumento del umbral cuantitativo no constituye un supuesto de norma extra penal .
 - ❖ Los principios *pro homine*, el principio de mínima intervención y la plena operatividad del principio *favor rei*, avalan la postura,
 - ❖ Y, en última instancia, de existir dudas en la interpretación del alcance de la retroactividad, la misma debe inclinarse a favor del imputado (*in dubio pro reo*).

Informe Comisión Dcho. Penal Tributario – AAEF

- ❖ “En suma, a nivel constitucional y dogmático consideramos que el proyectado incremento de los montos que hacen las veces de *“condición objetiva de punibilidad”* torna, en el ordenamiento específico de que se trata, ilegítima la pretensión de suprimir la aplicación del principio de ley penal más benigna para desincriminar las conductas incurridas bajo vigencia del texto legal anterior”.

Antecedentes jurisprudenciales

- ✓ CSN, "Cristalux S.A.", 11/4/2006.
 - ✓ 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 ultra actividad en supuestos en que la modificación normativa tenga naturaleza coyuntural, es decir que se trate de una ley de emergencia o temporal.

"El" precedente

- CSN, "Palero", 23/10/2007.
 - La Corte se remite al dictamen de la Procuración, el que alude a la disidencia en "Ayersa" y a la causa "Cristalux SA".
- "... resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el art. 2 del Código Penal, en tanto que la modificación introducida importó la 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..." (destacado propio).

Dictamen 5/2012 de la PGN

Art. 1: “Instruir a los señores fiscales con competencia en materia penal tributaria para que adopten la interpretación señalada en el considerando V y, en consecuencia, se opongan a la aplicación retroactiva de la ley 26.735 por aplicación de los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Fundamentos del dictamen

- Intenta "...evitar así una aplicación mecánica y ciega de lo decidido en "Palero" a casos para los que no corresponde esa solución".
- La aplicación retroactiva de la ley penal más benigna a la que se tiene derecho en virtud de las disposiciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *no consiste en la aplicación mecánica o irreflexiva de cualquier ley posterior* al hecho imputado por la sola razón de que ella beneficiaría al acusado en comparación con la ley vigente en el momento de comisión del hecho.
- No pueden aplicarse retroactivamente las leyes que leyes que "no traducen un cambio en la reprobación social del hecho", cuestión que entiende sucede en el caso.

- La modificación de los montos de la ley penal tributaria solo tiene por fin una mera adecuación de tipo económica *“para compensar la depreciación sufrida por la moneda”*.
 - “...el Congreso no pretendió expresar un cambio en la valoración social de los comportamientos que justificó la adopción de la ley 24.769”.
 - “... la actualización del monto mínimo a partir del cual los delitos de la Ley Penal Tributaria son punibles está dirigida a mantener un tratamiento igualitario a través del tiempo entre maniobras de valor económico equivalente en un contexto en el que la moneda en la que fue expresado ese valor se ha depreciado. Así como la actualización de una multa no expresa una revaloración negativa o agravatoria del comportamiento al que se asigna esa pena, sino la pretensión de mantener constante una forma de trato punitivo ante la variación del valor de la moneda, la actualización de los montos mínimos no expresa una revaloración positiva o liberatoria del delito al que esos montos corresponden, sino la intención de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal es punible”.

- El Procurador entiende que lo que ha sostenido para avalar su instrucción, no contradice lo dicho por la CSN en “Palero”.
- Ya que la modificación introducida por la ley 26.063 (que origina la causa Palero) no tuvo la intención de actualizar montos, sino crear un régimen integral, fundamentalmente administrativo (sic), para el cumplimiento de los aportes y contribuciones.
 - “Así, en ausencia de evidencia legislativa en contrario, la Corte en “Palero” no pudo sino interpretar que la variación del monto respondía al interés del Congreso de reducir el conjunto de hechos punibles alcanzado por la regla del artículo 9 de la Ley Penal Tributaria que la nueva ley modificaba. En esas condiciones, concluyó con razón que la modificación legal generaba en el caso del señor Palero un derecho a la aplicación retroactiva de la nueva ley en virtud de las disposiciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Resumiendo

- “En otras palabras, a criterio de la Procuración, si el hecho era delito y continúa siéndolo, con posterioridad a la modificación de la ley 24.769, la sociedad continúa desvalorando la evasión tributaria: por ello, no corresponde la aplicación retroactiva de la ley que modifica los montos establecidos como límite de punibilidad, por no tratarse de un supuesto previsto en los pactos”.
- Emilio Cornejo Costas y Agustina O´Donnell, “El principio de retroactividad de la ley más benigna, en materia penal tributaria, a la luz del art. 2° del Código Penal. Una visión crítica de la resolución 5/12”, PET mayo 2012.

Pactos

- Tanto el Pacto de San José de CR como el Pacto Int. de Derechos Civiles y Políticos establecen:
"Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de ello".
- Es muy claro que las normas constitucionalizadas en 1994, no hacen distinciones de ningún tipo, sino que establecen como único requisito que se trate de una pena mas leve para que sea aplicable retroactivamente.

Montos de la ley penal trib.

- ♦ Para decirlo sin ambages, los montos de la ley penal tributaria son contingentes, no existe un derecho a su establecimiento, sino meras conveniencias mudables de política criminal. Pero eso si, si se previeron no debe intentar sorteárselos. Y si se desactualizaron por erosión monetaria deben ser *aggiornados, abrogados o hacer algo con ellos* (Ignacio Pampliega).

Por ende...

La discusión cuestión dogmática relativa a la naturaleza jurídica de los montos (condiciones objetivas de punibilidad o elementos integrantes del tipo), no es determinante a los fines de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

Jurisprudencia

- CFed. San Martín, Sala II, 13/03/2012, “Aranguren Ricardo y otro s/infr. ley 24769”.

Se anota que el tramo inicial de la investigación involucra a ... y, en ninguno de los meses de este segmento temporal las presuntas sumas evadidas superan los cuatrocientos mil pesos que, como condición objetiva de punibilidad, estableció el artículo 7° de la ley n° 26.735 (B.O. 28-12-11 —que sustituye al artículo 8°, ley n° 24.769—, fs. 578/588, estudio pericial).

En estas condiciones y bajo la directiva del artículo 2° del Código Penal cuya aplicación es de pleno derecho, la imputación dirigida bajo la rúbrica del artículo 8° de la ley n° 24.769 perdió vigencia (CSJN, “Palero Jorge Carlos”, rta. 23-10-07, Fallos 330:4544; 295:729 y 296:469). Sin perjuicio que el reproche criminal pudiera ajustarse a las previsiones del artículo 6° de la ley n° 26.735, sustitutivo del artículo 7°, ley 24.769.

Mas jurisprudencia

- “Distribuciones, Mandatos y Gestiones SRL s/pta. Inf. Ley 24.769”, Juzg. Fed. 1 de Posadas, 29/2/2012.
 - Se aplican los nuevos montos como ley penal más benigna.
 - Se ordena el archivo de la causa.

- CNPE, Sala "A" , "He Zu Qiang" del 16/2.
- CNAPE, Sala "B" , "Jafeguard SRL" del 10/2.
- CNCP, Sala IV, "Porcel, Raúl" , 29/2/2012.

El ppio. ha operado en dos sentidos

1. Para desincriminar conductas con sumas inferiores a los \$400mil.
2. A los efectos de re caratular las causas, pasando evasiones que eran agravadas a ser evasiones simples.
 - En estos supuestos es importante el tema de la prescripción, habiendo muchas causas quedado prescriptas ("Rodriguez Ramón", Juzg. Fed. 1 de Posadas, 30/7/2012).

“Porcel” – voto Dr. Borinsky

- ✓ En suma, a nivel constitucional y dogmático consideramos que el proyectado incremento de los montos que hacen las veces de *“condición objetiva de punibilidad”* torna, en el ordenamiento específico de que se trata, ilegítima la pretensión de suprimir la aplicación del principio de ley penal más benigna para desincriminar las conductas incurridas bajo vigencia del texto legal anterior.

- ✓ Ello, en atención a la autoridad institucional que revisten los fallos de la Corte, por su carácter de intérprete y salvaguarda final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional (Fallos:1:340; 33:162; 311:2478, entre otros), la que determina el deber de acatar la doctrina supra reseñada y resolver el supuesto sometido a examen en consecuencia (Fallos: 245:429; 252:186; 255:119; 270:335, entre muchos otros), siempre y cuando no se hubieran incorporado nuevos argumentos que refuten (extremo que no se verificó en el caso).

Al respecto, vale recordar que en el citado fallo "PALERO", la cuestión de fondo versaba también sobre la presunta comisión de la conducta tipificada en el art. 9 de la Ley 24.769, siendo que al dictarse el decisorio objeto de impugnación los importes indebidamente apropiados resultaban suficientes para que su respectiva retención configurara el referido delito. Sin embargo, mientras se encontraba en trámite el recurso de casación, entró en vigor la anterior reforma a la Ley Penal Tributaria (por Ley 26.063, sancionada el 9/11/05 y publicada el 9/12/05), que elevó el monto de la condición objetiva de punibilidad establecida en la norma de \$5.000 a \$ 10.000.

Postura AFIP

La Administración ha considerado que la promulgación de la Ley 26.735 trajo aparejado que para determinadas conductas y bajo determinados supuestos resulta aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna.

No correspondería a la Administración emitir juicio de valor sobre el acierto o no de la instrucción dispuesta por el Procurador General de la Nación mediante su Resolución 5/2012, en tanto el Organismo no forma parte de su estructura funcional ni le depende.

No obstante ello, compartiendo ambos estamentos —PGN y AFIP— principios básicos de función social, elementales principios de coherencia tornan necesaria la búsqueda de un accionar armónico; considerando que si bien la definición sobre la existencia o no de delito depende de la Magistratura, y su Administración tiene facultades de acusador bajo determinados supuestos en los procesos penales, es el Ministerio Público el titular primario de la acción penal.

Si bien se cuenta con precedentes jurisprudenciales y frondosa doctrina que abonan la postura sostenida por la Administración hasta el presente, la cuestión de la aplicabilidad de la ley penal más benigna en los procesos en trámite por infracción a la ley Penal Tributaria Previsional resulta materia de controversia. Máxime con la opinión en contrario del máximo representante del Ministerio Público Fiscal.

Conclusiones

Hasta tanto no se encuentre zanjada la cuestión mediante un pronunciamiento de nuestro máximo tribunal, o resulte imposible la instrucción de sumario criminal, las áreas competentes deberían adecuar su actuación a lo dispuesto en la Resolución 5/2012, dejando expresamente sentado que ello obedece a su dictado.

Fuente: Nota N° 143/12 (DI PLPE) del 13/3/12 y Nota N° 536/12 (SDG ASJ) del 20/3/12.

- Práctica Profesional 2012-169, 70.

Aplicación del principio

- Opera de pleno derecho, por lo que debería ser aplicable de oficio.
- A pedido de la parte.
 - Quien podría expresarse respecto de cual de las normas entiende más benigna y, por ende, aplicable.
- En muchos de los antecedentes jurisprudenciales citados, la retroactividad fue solicitada por el Fiscal.

Recalificación de agravada en simple

- ¿Puede hacerse en forma directa por el Juez interviniente?
 - ¿O debe remitir la causa al fiscal para que instruya nuevamente la causa?
 - ¿Puede recalificar el juez la conducta?
 - ¿Qué pasa con la defensa ejercida por un supuesto delito agravado que ahora pasa a ser simple?
 - Debe tenerse en cuenta el cómputo de la prescripción.

¿Que sucede con el art. 16 derogado?

- ¿Queda comprendido dentro del concepto de “Ley Penal más benigna”?
 - Si se tratare de un instituto de orden procesal, podría en ese caso aplicarse el principio procesal de la permanencia de los actos precluidos y no el de extraactividad de la ley penal más benigna del artículo 2 del Código Penal.
 - De la misma manera podría darse la discusión si esta modificación implica un cambio en la valoración social del hecho, que como tal justifique la aplicación del principio.
 - La doctrina mayoritaria lo define como una causa voluntaria de extinción de la acción penal.
 - El artículo 59 CP establece las causas de extinción de la acción penal (incluye la prescripción).

- En ocasión de determinar si resulta aplicable la ley penal más benigna en materia de prescripción la jurisprudencia ha considerado que este instituto se encuentra comprendido por el principio de ley penal más benigna (CSN, "Arancibia Clavel" Fallos 321:3312)
 - Este mismo razonamiento podría ser extensivo a la extinción por pago prevista por la ley 24769.

■ ¿Qué sucede con la *probation*?

Para finalizar, un dato importante.

- La ley 26.735 fue publicada en el BO el 28/12/2011 sin establecer un día determinado de entrada en vigencia.
 - Por lo tanto, ley nueva ley reformada entra en vigencia a partir del octavo día de su publicación: 6 de Enero del 2012.
- ¿A partir de qué momento y hasta cuando se puede aplicar la ley penal más benigna?
 - Hasta cuando: hasta que se extinga la condena.
 - A partir de que momento: es más difícil de determinar, ya que deben analizarse los casos en concreto.

III. *Ne bis in idem*

- ❑ Maier: “Impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho”.
- ❑ CSN: “La garantía constitucional del non bis in idem, protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho sin importar los diversos encuadramientos que se pueden efectuar respecto de aquel” (Fallos: 311:67).
- ❑ Requiere:
 - ❑ (i) identidad de persona (no meramente nominal, claro está).
 - ❑ (ii) de objeto (hecho empírico real, siendo irrelevante el título jurídico o el “nomen iuris” asignado) y,
 - ❑ (iii) de causa de persecución penal (pretensión jurídico-penal). AQUÍ SE CENTRA LA DISCUSIÓN.

Tratados constitucionalizados

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 - Art. 14.7. : “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 - Art. 8.4: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Código Procesal Penal de la Nación

- Artículo 1° - Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.
 - Se ha receptado de forma sumamente amplia de la garantía.

Postura CSN

- “No es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable” .
 - “Videla Jorge R.” , Fallos 326:2805.

Más de la CSN

- ❖ “no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho (...) sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a quien ya lo ha sido por el mismo hecho”.
- ❖ “Ana María Ganra de Naumow”, Fallos: 299-221.

Defensas procesales

- La garantía *ne bis in idem* funciona como substrato de las excepciones de cosa juzgada o litispendencia.
- Pueden ser opuestas por quien debe enfrentarse a una segunda persecución penal por un hecho que ha sido, o está siendo, objeto de otro proceso.

Art. 17 Ley Penal Tributaria

- "Las penas establecidas por esta ley serán impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales."

Art. 20 ley 24.769

Artículo 20: La formulación de la denuncia penal no suspende ni impide la sustanciación y resolución de los procedimientos tendientes a la determinación y ejecución de la deuda tributaria o de los recursos de la seguridad social, ni la de los recursos administrativos, contencioso administrativos o judiciales que se interpongan contra las resoluciones recaídas en aquéllos.

La autoridad administrativa se abstendrá de aplicar sanciones hasta que sea dictada la sentencia definitiva en sede penal. En este caso no será de aplicación lo previsto en el artículo 74 de la Ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones o en normas análogas de las jurisdicciones locales.

Una vez firme la sentencia penal, la autoridad administrativa aplicará las sanciones que correspondan, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en la sentencia judicial.

Consecuencias de la reforma

- ✓ Es posible que “por un mismo hecho”, una persona física sea castigada con prisión.
 - ✓ Y la persona jurídica:
 - ✓ Con algunas o todas las sanciones del artículo 14 de la ley 24769.
 - ✓ Más la multa del artículo 46 de la ley 11683.
 - ✓ La doble persecución o punición penal, contravencional y delictual, vulnera la garantía.
- ✓ Partimos de la base de la identidad ontológica entre infracciones y delitos.
- ✓ ¿Qué sucederá cuando coexistan dos procedimientos paralelos, provincial y nacional, originados en el mismo hecho?
 - ✓ ¿Habrá identidad de causa?

Antecedentes de la CSN

- “Pousa Lorenzo”, Fallos 276-66 (1969).

Se rechazó una acción de amparo, en un caso en el que un ex funcionario se encontraba sometido a sumario administrativo por los mismos hechos que estaban siendo juzgados en sede penal.

Se sostuvo que: “las responsabilidades en ambas jurisdicciones son de distinta naturaleza”.

Otro antecedente

- “Ramón de la Rosa Vallejos”, Fallos: 305-246 (1983).

Se declaró inválido el acto adm. de la Aduana por el que se había condenado por tentativa de contrabando a una persona que, habiendo sido imputada por contrabando en sede judicial, fue sobreseída.

“...habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada y respecto de ese delito no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias del art. 191...”.

Consecuencias de los fallos

- La CSN es clara en cuanto a la extensión de la garantía también a los casos de doble persecución, aún cuando el segundo procedimiento tenga lugar en sede administrativa.
- Aunque los antecedentes, hasta ahora, solo permiten establecer que dicha postura alcanza solamente a los caso órgano judicial ha determinado la inexistencia de delito.

Casación Penal

➤ CNCP, Sala IV, “Rojo Teodoro M. s/ queja”, 23/2/1999.

- Luego de dictarse el sobreseimiento en sede penal, se remiten los actuados al Fisco para determinar responsabilidades en el marco de la ley 11.683.

“Los alcances del sobreseimiento no pueden proyectarse hasta el punto de impedir la investigación de una presunta infracción administrativa, pues resulta claro que, por el proceso concluido por aquella decisión remisoria, no se podía examinar el suceso que constituía su objeto de investigación desde todos los ángulos legales posibles o desde todos los puntos de vista jurídicos, en sentido amplio.”

Postura del TFN

- "Jockey Club Asoc. Civil", Sala C, 29/4/2010.

Se rechazó el planteo de una excepción de cosa juzgada opuesta ante la imposición de una multa cfr. art. 45, cuando el juez penal desestimó la denuncia por considerar insuficientes los elementos colectados para imputar penalmente.

Sostuvo que hay un "deslinde entre las atribuciones de la justicia penal y la administrativa en materia de sanciones"; y se remitió al criterio expuesto en una causa anterior donde se dijera: "El legislador, al sancionar el art. 17 de la ley 24.769, ha expresado su unívoco criterio que las penas de prisión allí establecidas se impongan sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales preexistentes".

La doctrina

- En general, hay coincidencia en que la acumulación de sanciones penal y adm. violenta la garantía del ne bis in idem (Spisso, Lisicki, Scoponi, Villegas, etc.).
- Chiara Díaz considera legítima esa posibilidad, a partir de sostener la naturaleza contravencional de las sanciones de la ley 11.683 y penal de los delitos de la ley 24.769.

Sostiene: “... si bien puede existir identidad de persona juzgada y de comportamiento reprochado, lo diferente radica en la causa pretendi, esto es, cuando la acusación y condena tuvieron en cuenta en un proceso penal el carácter de delito de aquél, mientras en sede administrativa fiscal tal accionar será relevado en el plano disciplinario contravencional, con principios y alcances distintos respecto de la culpabilidad y de las características de las faltas”.

Sentencia del TEDH

❖ "Ruotsalainen v. Finlandia", 16/6/2009.

"Ello debe ser considerado en opinión del Tribunal como una sanción dirigida a prevenir la reincidencia, lo cual es reconocido como una característica de las sanciones penales (ver Ezeh, §§ 102 y 105). Por ello puede concluirse que la sanción tributaria fue impuesta por una norma cuya finalidad era no solamente resarcitoria, sino preventiva y sancionadora. El Tribunal considera que ello determina la naturaleza penal de la infracción".

Dicho ello, el "idem" es determinado por la existencia de una segunda persecución derivada de "...hechos idénticos o de hechos que son sustancialmente los mismos...", a los que constituyeron la infracción sancionada en la primera oportunidad (cfr. precedente "Serguei Zolotukhin v. Rusia").

IV. Proporcionalidad de la penas

- La agravante por el uso de facturas apócrifas, que en definitiva es un agravante en virtud del medio cometido para llevar a cabo el delito y defraudar el Fisco, deviene en irrazonable.
- Se trata de una delito muy grave, conforme la sanción que conlleva.
- Parece ser una pena excesiva, si se compara con otros delitos del CP:
 - La estafa tiene la misma escala penal máxima (1 mes a 6 años) que la evasión simple, pero no tiene una figura agrada.
 - El mínimo de la pena por uso de fac. apoc., es mayor al mínimo por falsificación de instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad de las personas (3 años).

Otra inconsistencia

- El art. 12 bis. incorporado por la ley 26.735 tiene una escala penal de 1 a 4 años.
- En tanto, todos los restantes delitos fiscales comunes tienen penas que van de 2 a 6 años.
 - No hay razones que justifiquen esa diferencia en las penas mínimas y máximas.

Muchas gracias.

Juan Manuel Álvarez Echagüe

jmae@aeyasoc.com.ar

www.aeyasoc.com.ar