

LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL EN LA LEY 23.771

Mario A. Della Vedova

1. El art. 14 de la Ley 23.771 contempla una causa de extinción de la acción penal cuya aplicación es obligatoria para el juez, concurriendo los requisitos en él citados.

2. Lo que motiva su procedencia es un hecho -no un acto- jurídico que tiene efecto personal restringido, si bien razones de equidad aconsejan extender su aplicación a los partícipes.

3. El requisito referido a la condena de ejecución condicional está aludido a una presunción, pronóstico o estimación, que se rige por lo dispuesto en el art. 26, CP..

4. A diferencia del art. 27 CP., esta extinción de la acción penal sólo puede beneficiar a un infractor determinado la primera vez que adquiera tal carácter.

5. La causal en cuestión no afecta al principio de inevitabilidad del comienzo de la acción penal, sino el de irrevocabilidad de ella. Por eso, la norma analizada distingue dos momentos a considerar, según que haya o no acusación fiscal.

6. Teóricamente, todas las figuras -salvo una- contempladas en la ley 23.771 admiten la posibilidad de la condena condicional.

7. No puede obviarse la vista que debe correrse según la norma a los sujetos que menciona, por las razones -diversas- que la fundamentan.

8. La expresión -referida al infractor- *accepte*, utilizada en la ley, no lo obliga a admitir ciegamente la pretensión fiscal o previsional. El interesado puede contribuir a individualizar dicha pretensión, inclusive para evitar que abone más de lo que debía, lo que constituiría un enriquecimiento ilícito en favor del Fisco.

El art. 14 de la ley 23.771 establece: "Cuando por la pena requerida por la actuación fiscal sea aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que presumiblemente en caso de condena

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

corresponderá la condena de ejecución condicional y el infractor acepte la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante, previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada, y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones, declarará extinguida la acción penal". Con respecto a la naturaleza de la previsión transcrita, la cláusula final es terminante y en un doble sentido: se trata de una causa de extinción de la acción penal y su aplicación es obligatoria y no facultativa para el juez (*declarará*) concurriendo, obviamente, los requisitos que previamente anuncia.

Las causas que extinguen la acción penal, enunciadas en el Código Penal en los arts. 59 a 64 y 74, pueden producir ese efecto "desde la comisión del delito hasta la sentencia firme. Su efecto procesal es el cierre del proceso por sobreseimiento y no la absolución del imputado, ya que la causa extintiva impide que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto", además que hacen operar *El principio procesal nōm bis in idem* (Núñez, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Ediciones Lerner, Córdoba - Buenos Aires, 1972, pág. 241). Siguiendo la clasificación adoptada por Núñez según el carácter que pueden tener estas causas extintivas (objetivas, personales y mixtas, ob. y lug. cit.) puede decirse que la analizada es una causa personal por cuanto *dejando intacta la punibilidad del delito* beneficia al participante al cual se refiere (id., pág. 242) quien otros términos, tiene *efecto personal restringido* (autor cit., Las disposiciones generales del Código Penal, Marcos Lerner Editora, Córdoba 1988, pág. 269) ya que sólo abarca a quien cumple con las condiciones exigidas por el art. 14 comentado. Desde otro punto de vista, esto es, la división de estas causas entre hechos y actos jurídicos (id. ob., cit., pág. 268) teniendo en cuenta la esencia de aquello que provoca su procedencia, no cabe duda que en este caso se trata de un hecho, cual es el de haber *efectivizado el cumplimiento de las obligaciones* el infractor que acepta la pretensión fiscal o previsional.

Lo dicho en el párrafo anterior en cuanto al carácter personal de esta causa extintiva obedece al empleo del término *infractor* en la norma analizada. Sin embargo, razones de equidad aconsejan la declaración judicial de extinción de la acción penal en beneficio, también, de los partícipes, sobretodo si se tiene en cuenta que -como se ha dicho- puede ocurrir que el pago se realice con *dineros de terceros* -de aquellos, que precisamente- lo cual tomaría injusto que quienes lo aportaron se vean excluidos de la posibilidad de ser abarcados por dicha declaración (al respecto, Véase Carrera, Daniel Pablo, Análisis de la ley penal tributaria y previsional, Editorial Advocatus, Córdoba, 1992, págs. 49/51). En cuanto a su afirmación de que se trata de una excusa absolutoria. (Cfse. Núñez, Manual cit., pág. 254).

El primer requisito al que el art. 14 supedita la aplicación de esta causal se

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

refiere a la *condena de ejecución condicional*. A ella alude la norma haciendo una distinción que atiende a las distintas situaciones que, desde el punto de vista procesal, pueden presentarse (lo que se verá luego); pero en los dos casos previstos contempla una presunción, es decir, un pronóstico o una estimación en el sentido de que si el proceso hubiese culminado con una sentencia condenatoria, la misma habría dejado en suspenso la ejecución o cumplimiento de la pena.

La condena de ejecución condicional o condénación condicional constituye *un medio para evitar los defectos que se les atribuyen a las penas privativas de libertad de corta duración* y es, lógicamente, una *verdadera sentencia condenatoria, definitiva e irrevocable* (Núñez, Manual cit., págs. 343 y 344) cuyo efecto es el de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta por sentencia (íd., Las disposiciones, cit., pág. 88). Si bien no es un derecho del imputado obtener el dictado de la misma sino una facultad del tribunal hacerlo, no se trata de una potestad discrecional sino reglada (ob. cit., pág. 88/89). Es que la procedencia de este tipo de condena depende de que concurren los requisitos que el art. 26, C.P., enumera: debe tratarse de la primera condena; la pena impuesta debe ser de prisión, únicamente; y la misma y la misma no debe exceder de tres años.

No obstante, la ley 23.771 viene a establecer una limitación al régimen de la condena condicional receptado en el Código Penal. El segundo párrafo del art. 27 de ésta última contempla la posibilidad de que *la suspensión pueda ser acordada por segunda vez* en el caso allí previsto, mientras que el art. 14 de aquella dispone que esta extinción de la acción penal a la que alude sólo puede ser declarada por el tribunal actuante *por única vez* cuando se hayan satisfecho los requisitos que enuncia. El infractor, o más precisamente un infractor determinado, podrá ser beneficiario de la causal comentada únicamente la primera vez -y será la última- que adquiera tal carácter; y las posteriores violaciones a las normas contenidas en dicha ley lo llevarán a ser sujeto de un proceso que, cumplidas todas sus etapas, deberá culminar con una sentencia que resuelva -aquí *si sobre el fondo del asunto*- su situación a través de una condena o absolución. Esta restricción se compadece con los argumentos vertidos por la doctrina para fundamentar en general este tipo de soluciones: *"Se trata entonces de privilegiar al delincuente primario en relación a ilícitos de poca envergadura, cuyas características y monto sancionatorio permiten aplicar la condena condicional, no sólo por ello sino en virtud de las condiciones morales, familiares, sociales y laborales del acusado, quien además ha dado muestras significativas de enmienda con la admisión de la obligación tributaria o previsional y el pago de su importe"* (Chiara Díaz, Carlos A., Ley Penal tributaria y Previsional Nro. 23.771, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 1990, pág. 115).

Ahora bien, la distinción a que hacíamos referencia y que está formulada en

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

la primera parte del art. 14 tiene su razón de ser. Debe tenerse presente que la norma contempla un caso el que el proceso penal ha comenzado, lo que demuestra que la causal comentada no afecta el principio de inevitabilidad del comienzo o inicio de la acción penal sino el de irrevocabilidad de ella (Cfme., Chiara Díaz, Ley Penal, cit., págs. 114 y ss. y 229). Entonces, en ese proceso puede ocurrir que todavía no haya *acusación fiscal* y en tal caso habrá que tener en cuenta qué delito se le imputa al encausado para, en función del mismo y de las circunstancias citadas en el art. 26 C.P., hacer el pronóstico o estimación que lleve a concluir que dicho proceso culminaría -de haberse completado- con una condenación condicional. Se trata de un caso similar al que contemplaba el art. 315 del CPP: de Córdoba, en su anterior redacción, cuando para la procedencia de la excarcelación le exigía al juzgador hacer un juicio de probabilidad o presuntivo acerca de que, en caso de condena, la misma sería de ejecución condicional. En cambio, si el proceso ha avanzado al punto de que ya existe una *acusación fiscal*, el pronóstico -sigue siendo tal- tiene que atenerse a los términos de ella, tomándola como base.

Desde un punto de vista teórico, es decir, teniendo en cuenta únicamente las escalas penales previstas para las distintas figuras contempladas en la ley 23.771 (con excepción del art. 6to., que preve la pena de multa) todas las restantes admiten la posibilidad de que su aplicación conduzca a la imposición de una condena de ejecución condicional, ya que ninguna posee un mínimo superior a los tres años de prisión.

Otro requisito de tipo procesal que el art. 14 menciona está referido a la obligación del juez de cortar *previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada*. Se ha dicho que ello obedece entre otras razones a permitir que esos sujetos "contribuyan a aportar los datos necesarios y las estimaciones que consideren adecuadas, aunque en definitiva la última palabra la tenga el órgano jurisdiccional" (Chiara Díaz, Ob. cit., pág. 229). En síntesis, ello contribuye a fijar correctamente la pretensión fiscal o previsional. Pero además puede ocurrir que esa vista permita, no habiendo todavía *acusación fiscal*, variar la calificación legal dada originariamente al hecho imputado, en base a las probanzas acumuladas hasta el instante en que se corre la misma; o también, alegar circunstancias que, por ejemplo, impidan declarar extinguida la acción penal, como existencia de una condena anterior ignorada -en la causa- hasta ese momento.

Hemos dejado para el final la exigencia *central* contenida en la norma en cuestión y que se refiere a la aceptación, por parte del infractor, de la *pretensión fiscal o previsional* que permite operar el beneficio una vez que aquél haya *efectivizado el cumplimiento de las obligaciones*. Este aspecto, sin duda, se convierte en el más polémico, lo cual se desprende del modo como dicha aceptación puede producirse. Desde un punto práctico, a nadie escapa que un infractor

determinado -o con más propiedad: presunto infractor- a fin de evitar las consecuencias penales respectivas optará por acogerse al procedimiento examinado, siempre, claro está, que esté en condiciones de hacerlo. Pero aún en este caso pueden presentarse dos situaciones. por un lado, que el infractor -todavía presunto-reconozca que debe, pero menos de lo que se le atribuye; por el otro, que después de concluido el proceso en la forma dispuesta por el art. 14 advierta que pagó de más, en base a elementos con los que no contaba antes o, simplemente, constatando después que el cálculo incluido en la *pretensión* era erróneo, hipótesis que no pueden calificarse de imposibles (ni siquiera la última).

Como demostración del carácter polémico a que hacíamos referencia basta tener en cuenta la crítica que al instituto examinado ha formulado la doctrina. Vicente Oscar Díaz, citando a Piermaría Corso, lo califica como *fuga del proceso penal a través de una pseudo conciliación*, agregando que ello *no sólo está en contra de precisas normas constitucionales, sino que representa tal vez la mejor imagen de la falta de equilibrio dispuesta por el legislador entre los derechos del administrados y los de la administración* (Estructura normativa y tipos involucrados en la ley penal tributaria 23.771, L.L., 1990 -B-, Secc. Doctrina, pág. 1.184). Carlos Monzó lo caracteriza como un resabio "*de la arcaica, casi diríamos inconstitucional, institución de la Prisión por Deudas*" y llega a definir las situaciones que pueden presentarse como *francamente extorsivas*, lo que demuestra que el fundamento de la ley responde a la *voracidad recaudadora del Estado* ya que el pago de la deuda *blanquea las conductas delictivas* (acerca de la aplicación de la ley 23.711 -sic-, Semanario Jurídico Nro: 833, págs. 356/7. En el mismo sentido: Vidal Albarracín, Héctor G., *Cómo evitar el terrorismo fiscal*, L.L., 1990 -C-, Secc. Doctrina, pág. 837; García Caffaro, José Luis, Responsabilidad de directores, gerentes y apoderados según el último régimen penal tributario, ob. cit., pág. 1.087; y Tiscornia, Guillermo J., *Algunas Reflexiones sobre la ley penal tributaria*, íd., pág. 937).

En cambio, Chiara Díaz, apoya fervorosamente la inclusión de esta institución que implica la "*admisión parcial del principio de oportunidad*", diciendo que es un "*adelanto en nuestro sistema represivo*" ⁽¹²⁾(ob. cit., págs. 114 y 118). Pero más adelante plantea, pareciera que sin advertirlo, el problema que puede presentarse *en los comienzos de las investigaciones* cuando no habiendo trámites administrativos previos ... *faltará la estimación de las cantidades impagas* (pág. 229). Sin bien es cierto que la iniciativa corresponde al infractor y que el fiscal o el querellante *no tienen mucho margen de oposición*, como lo sostiene Beltrán, Jorge ⁽¹³⁾(El último régimen tributario penal -segunda parte-, Doctrina Tributaria, Errepar Nro. 122, págs. 878/9) de lo que se trata es de saber cómo y qué debe hacerse para que la misma no derive en el pago de una suma mayor a la debida. Sobre todo

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

porque la determinación de una deuda tributaria es un proceso que lleva tiempo y los 30 días que da el art. 16 son ilusorios (Carrera, Análisis cit., págs. 70/1).

Por eso, es necesario otorgar al contribuyente la posibilidad real, y no formal, de contrariar la determinación formulada por la D.G.I. (Carrera, Daniel P., La Voz del Interior, Secc. E. -Economía-, 22/03/92, pág. 2. En el mismo lugar, véase la opinión de Héctor Villegas Ninci, quien dice que "lo más grave es que el informe que debe elaborar la D.G.I. para la determinación de la deuda del presunto evasor no permite la intervención de éste").

A pesar de que la ley expresamente no lo dice -tampoco afirma lo contrario- creemos que en la determinación de la pretensión fiscal o previsional, el interesado -el infractor- no debe ser un mero espectador, sino que puede contribuir a aportar aquellos elementos que permitan individualizar dicha pretensión (Cfme. Vidal Albarracín, Ob. cit., pág. 837). Si la ley está contemplando un beneficio, cuya aplicación procede una vez reunidos los requisitos que ella misma enuncia, no es lógico pensar que lo hace a costa de imponer, al mismo tiempo, la obligación de admitir ciegamente y sin posibilidad de discusión la veracidad de los datos contenidos en la pretensión. No obsta a esta conclusión el hecho de que se emplee la expresión *accepte*, para condicionar la procedencia de aquél. La inconsecuencia en el legislador no se supone y si pensamos que en caso de que el proceso culmine con el dictado de una sentencia -condenatoria o absolutoria, esto es, sin que medie la causal del art. 14 durante el transcurso del mismo el infractor sí podrá hacerse escuchar, es irrazonable afirmar a continuación que esa posibilidad le está vedada cuando concluye *antes* -por aplicación de la norma citada- ya que ello llevaría a suponer que el legislador ha otorgado un beneficio al precio de sufrir, eventualmente, un perjuicio: el de haber pagado de más. No son pocos los argumentos que pueden darse para rechazar una idea tan arbitraria, ya que aceptar esto equivale a considerar que en lugar de un beneficio, al infractor -todavía no declarado tal- se le ha querido tender una trampa. Por el mismo motivo -creemos- el infractor que compruebe después de declararse extinguida la acción penal que abonó más de lo que debía, podrá reclamar la diferencia -en otra sede- pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento ilícito en favor del Fisco, cuya concreción debe evitarse. Y el primer interesado en que tal situación no se produzca es -o debe ser- el mismo Estado.

CONCLUSIONES

Es plausible la incorporación, a la legislación represiva, de una norma como la analizada que permite arribar a la conclusión del proceso en una forma *anticipada*, reunidos los presupuestos que ella misma enuncia. Pero es necesario

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

que estos últimos se vean acompañados de todas las garantías necesarias que impidan ver en esto una verdadera trampa. Concretamente, el interesado -el supuesto infractor- tiene que estar en condiciones de hacerse escuchar y de contradecir, en su caso, los datos que conforman la pretensión fiscal o previsional, a fin de que la misma quede integrada en forma objetiva y veraz.