

Conferencias en materia penal

Responsabilidad penal del escribano. Ley Penal Tributaria.

La nueva asociación ilícita*

Disertantes: Dres. **Javier López Biscayart** y **Diego García Berro****

Coordinación: Dr. **Gustavo Romano Duffau** y Esc. **Néstor Condoleo**

Dr. **Javier López Biscayart**:

Buenas tardes. Desde ya, quisiera agradecer la invitación del Colegio de Escribanos para poder estar frente a ustedes. Agradezco muy especialmente al señor presidente, Horacio Luis Pelosi, y a la Comisión Directiva por la bienvenida que nos han dado, al doctor Romano Duffau y al escribano Condoleo, que han tenido la gentileza de pensar en nosotros para esta charla. Espero poder cumplir, con mi intervención, sus expectativas de poder marcar lineamientos. Desde el rol que me toca ocupar en la sociedad, que es el de ejercer la magistratura de un fuero especializado, trataré de dar mi punto de vista especialmente en relación con la reciente reforma que entró en vigencia en enero de este año, sin perjuicio de que podamos charlar algún otro punto de la Ley Penal Tributaria que les pueda interesar en particular.

Creo que el tema del delito económico ha entrado en debate por la exposición, allá hacia los años setenta, en el marco de una crisis que presentaba el Derecho Penal a partir de las severas críticas que le formuló la corriente doctrinaria de la criminología crítica. Esta crítica estaba basada, fundamental-

*18 de agosto de 2004.

** Jueces en lo Penal Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

mente, en que los delitos denominados “de cuello blanco” –en inglés *white collar crime*– tenían una escasa represión por parte de los Estados, en relación con los delitos comunes, que se presentaban como excesivamente reprimidos y que generalmente involucran a personas de bajos recursos o de clases sociales consideradas más humildes. A partir de allí nace la corriente tendiente a despenalizar los delitos comunes y a aumentar la penalidad de los delitos económicos. La legislación empieza a recoger figuras criminales que corresponden a este tipo de delitos. En la Argentina, sin perjuicio de mencionar una Ley Penal Tributaria que tuvo nula vigencia, sancionada en el año 1974 y derogada en 1976, a partir de los años '90 esto cobró vigencia con la sanción de la ley 23771, posteriormente derogada por la actualmente vigente, que es la ley 24769.

Desde la sanción de la Ley Penal Tributaria hasta nuestros días, constantemente se ha remarcado la necesidad de intensificar la represión penal, debido a la creciente evasión tributaria. Este tema es algo que en la sociología de nuestro medio no se puede erradicar y que incluso está bien visto. Siempre menciono lo siguiente: si yo me siento en una mesa a conversar sobre distintas formas de matar o de planificar un secuestro extorsivo, por ejemplo, todos se van a horrorizar al escucharlo; pero si empiezo a describir las distintas técnicas para evadir que he detectado en mi juzgado, todos me van a escuchar muy atentamente, porque seguramente nadie descarta que en algún momento le pueda ser útil esa información. Entonces, si aceptamos que esto es así, tenemos que reconocer que una sociedad y un estado de derecho no pueden funcionar sobre esa base. Sin perjuicio de que podamos sentarnos a discutir el tema de la reforma tributaria y de que incluso lo consideremos muy importante, lo cierto es que el delito tributario hoy es un problema que la sociedad debe encarar y reprimir.

Dentro de este marco es que el Poder Ejecutivo ha acelerado las acciones tendientes al control de este tipo de delitos, sobre todo a partir de la asunción de este Presidente, que ha marcado especialmente su interés en esta cuestión, sin perjuicio de destacar todos los adelantos que en la materia hicieron los gobiernos anteriores. Si el discurso inaugural del presidente Kirchner del 25 de mayo de 2003 va a ser recordado por algo, lo será por la frase “traje a rayas para los evasores”. Este dato es fundamental, porque a partir de allí se puede entender cómo vertiginosamente se puso en marcha el Fuero Penal Tributario y se sancionó esta reforma. Incluso, hay que recordar que la reforma se proyectó mientras estaba instrumentándose la puesta en marcha del fuero, sin consultar a quienes íbamos a integrarlo y a aplicar la ley. Tan así es que en el fin de semana largo inmediatamente posterior al de la asunción del presidente Kirchner, se presentó en el Congreso el proyecto de reforma de la ley 24769, que incluía un artículo 15 bis, que no es el que finalmente se sancionó, que preveía que sería “reprimido con pena de tres años y seis meses a diez años de prisión, quien formara parte de una organización compuesta por tres o más personas, destinada a posibilitar, facilitar y brindar colaboración necesaria para la ejecución de alguno de los delitos previstos en la presente ley, por el me-

ro hecho de integrarla”. Si ustedes se fijan, este artículo 15 bis se iba a insertar inmediatamente después del 15, que ya estaba vigente en ese momento y que decía: “el que a sabiendas dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de delitos tipificados en la presente ley, será pasible, además de las penas correspondientes a su participación, a la pena de inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena”. Es decir que la aplicación de la Ley Penal Tributaria a los ámbitos de incumbencia de los escribanos no era una cuestión extraña para el Derecho Penal tributario, porque el artículo 15 ya estaba vigente. Cuando allí se dice “quien diere fe o autorizare” –dar fe y autorizar es prácticamente una redundancia porque autorizar es dar fe en un documento– podemos suponer a quiénes se hace referencia con esto, porque, en definitiva, ¿quiénes naturalmente dan fe en un documento sino los escribanos públicos?

No es que la legislación se ocupa ahora de los escribanos, sino que este tema ya venía dado en la Ley Penal Tributaria. Lo que sí ocurre es que, a partir de la reforma, hay una intensificación en la represión y en las penalidades.

Este proyecto que presentó el Poder Ejecutivo al Congreso para su sanción iba acompañado de una exposición de motivos en la que se hacía referencia a esta cuestión de la asociación ilícita. En este sentido, se daban dos motivos para justificar la creación de una asociación ilícita específica dentro de la Ley Penal Tributaria: por un lado, se decía que no era una cuestión extraña al Derecho Penal y se hacía mención al artículo 865 del Código Aduanero, en el cual se prevé el agravamiento de penas para el caso de que en el hecho intervengan más de tres personas, de las que se dice que actúan en calidad de autor, partícipe o instigador; por otro lado, y como había una discusión respecto de si la asociación ilícita común, que está prevista en el artículo 210 del Código Penal, podía aplicarse, o no, a los delitos tributarios, se decía que con esta sanción se venía a zanjar esta discusión y que iba a aplicarse, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo sostenía que este artículo ya se aplicaba.

El proyecto ingresó por la Cámara de Diputados de la Nación, que no convalidó esta técnica legislativa de insertar este artículo 15 bis. Primero, porque si nos fijamos en la estructura de la Ley Penal Tributaria, este artículo se insertaba dentro de las Disposiciones Generales. Cabe recordar que el Código Penal tiene una primera parte general, y una parte especial, a partir del artículo 79, en la que están previstos los delitos en particular. Ésta es una técnica legislativa que normalmente se mantiene en las leyes penales especiales. En el caso de este proyecto no se respetaba esa estructura, dado que dentro de las disposiciones generales estaba insertándose un tipo penal, lo que resulta una técnica legislativa bastante cuestionable, fundamentalmente porque el hecho de la ubicación sistemática de los tipos penales suele ser importante para poder interpretar y captar cuál es el bien jurídico a tutelar. Es por eso que la Cámara de Diputados deja de lado esta estrategia legislativa y hace una inserción dentro del artículo 210 del Código Penal.

Luego, cuando el proyecto pasa a la Cámara de Senadores, ésta da vuelta

todo esto y retoma el criterio de insertarlo en el marco de las disposiciones generales de la ley 24769, no ya como artículo 15 bis sino modificando el artículo 15 y creando tres incisos. El primero de ellos contenía lo que, antiguamente, era el texto de este artículo. Es decir, lo que antes era el artículo 15 pasó a ser el inciso a) del nuevo artículo. La asociación ilícita queda colocada en un tercer inciso, que es el inciso c), y en el medio crea un inciso b), en el cual aparece una agravante genérica por la cantidad de intervinientes en el hecho. Es decir que intensificó aún más de lo previsto por el Poder Ejecutivo la tutela del bien jurídico.

De modo que la reforma contiene, entonces, dos aspectos generales. El primero es la creación de una agravante genérica, el artículo 15, inciso b), que dice: “el que a sabiendas concurriere con dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en la presente ley, será reprimido con un mínimo de cuatro años de prisión”. Y el segundo aspecto es la creación de un tipo penal autónomo, en un artículo 15, inciso c), que dice: “el que a sabiendas formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas, que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley, será reprimido con prisión de tres años y seis meses de prisión a diez años de prisión; y si resultare ser el jefe u organizador, la pena mínima se le elevará a cinco años de prisión”.

Como decía el otro día un maestro del Derecho Penal Tributario, en el tema de la asociación ilícita, a pesar de toda la discusión que se dio en los ámbitos profesionales, especialmente en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas que de entrada le dio mucha importancia a esta cuestión, lo que ocurrió fue la distracción –parece haber pasado inadvertida la principal reforma que tuvo esta ley, que es el artículo 15, b)–. Cuando dice “el que a sabiendas concurriere con dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta ley”, no hace más que describir una situación bastante común. No resulta extraño que concurren tres personas para una evasión tributaria. Si se tiene en cuenta que la pena mínima prevista ahora es de cuatro años de prisión, se puede considerar que es un delito especialmente grave.

Con esto se explica la técnica legislativa de poner una pena de tres años y seis meses, porque hasta los tres años sería procedente la exención de prisión. Si ese período fuera mayor no lo sería, salvo que, por el máximo, no se superen los ocho años de prisión. Es decir que, para que la excarcelación sea procedente, el delito no debe superar en su máximo los ocho años; y si supera los ocho años, igual puede ser procedente, siempre y cuando el mínimo no exceda de los tres. En este caso, al imponer la pena mínima de cuatro años de prisión, lo que el legislador buscó es eliminar la posibilidad de la excarcelación. De todos modos, técnicamente no se eliminó del todo esta opción en el caso de evasión simple, porque al tener una pena máxima de seis años de prisión, igual podría haber cabido el tema de la exención de prisión. Sin embargo, lo que se ha hecho fue achicar la brecha de determinación de penas, de modo tal que ésta se mensurará entre cuatro y seis años de prisión, con lo cual la pena que definitivamente se imponga, si la persona resultara condenada, será de cumpli-

miento efectivo, porque si la pena supera los tres años no puede ser dejada en suspenso. Aunque ésta es una agravante genérica para todos los delitos previstos en la Ley Penal Tributaria, como sostuve en alguna oportunidad, obviamente no se aplica a la asociación ilícita. Con lo cual, en caso de que concurren tres o más personas, la asociación ilícita pasa a ser el delito más leve de la ley 24169, porque tiene pena mínima de tres años y seis meses de prisión y los demás una de cuatro en las mismas circunstancias.

La figura de asociación ilícita fiscal entró en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial del 22 de enero del corriente año. A mi criterio, esta denominación refleja claramente la relación de especialidad que media entre la asociación ilícita prevista en el artículo 210 del Código Penal y la creada por esta reforma legislativa. Además, el término “fiscal” es útil para reflejar que no solamente se trata de delitos tributarios sino que también abarca los previsionales y los delitos fiscales comunes.

Un problema que se presenta a partir de la ubicación sistemática del tipo penal dentro de las disposiciones generales es el de identificar cuál es el bien jurídico tutelado que el legislador pretendió proteger, que no es una cuestión menor porque hace al análisis de la constitucionalidad de la norma. Si no hay tutela de un bien jurídico, ésta deberá ser declarada inconstitucional necesariamente, de acuerdo con nuestro sistema, pues no hay afectación al principio de lesividad que se deriva del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Evidentemente, al no haberse legislado dentro del título donde está previsto el artículo 210 del Código Penal, parecería que el legislador se alejó del bien jurídico tutelado por la asociación ilícita común, que es el orden público. Sin embargo, creo que no puede sostenerse que lo haya dejado de lado totalmente, sino que lo que el legislador ha querido es asimilar el bien jurídico que se protege en el nuevo tipo penal al que se protege en general en los delitos que prevé la ley 24769. De tal modo que, a mi criterio, parecería que es un delito pluridefensivo y que ayuda también a discernir en la cuestión de cuál es el bien jurídico que se tutela en la Ley Penal Tributaria. Éste es un tema que, para quienes estamos abocados al estudio del Derecho Penal Tributario, es especialmente problemático. La discusión resulta muy ardua pero, básicamente, la doctrina tiende a concluir que el mismo debe identificarse con la función financiera del Estado, lo que abarca no solamente el concepto de hacienda pública de un modo estático sino también su faz dinámica, es decir, el sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público.

El delito de asociación ilícita fiscal es un delito penal autónomo, aun cuando esté inserto dentro de las disposiciones penales tributarias. En cuanto a su estructura, al igual que el delito de asociación ilícita que prevé el artículo 210, debe presentar una asociación u organización, y no necesariamente ha de tener una forma jurídica, aunque puede tenerla. Lo importante es que tiene que presentar un carácter organizacional que sea duradero y estable, es decir, una tendencia a la permanencia de la unión y entre sus integrantes debe haber una relación de reciprocidad, que es lo que hace al sentimiento de pertenencia de la organización. En cuanto a la organización interna, interesan los deberes de

sus miembros hacia la asociación, es decir, una sensación de la persona de pertenecer a un grupo. De modo tal que es esencial la división de roles y, por lo tanto, como no es un requisito necesario que los miembros se conozcan entre sí, basta que la persona sepa de la existencia de la organización, que cumpla su rol y que quiera cumplirlo sabiendo que pertenece a aquélla. Esta sensación de pertenencia es la que lo diferencia del carácter transitorio que puede tener una unión y, por lo tanto, la que desconecta de la mera participación en un hecho a ser parte de una asociación.

El tipo penal creado tiene dos diferencias importantes en relación con el artículo 210. La relación entre éste y la asociación ilícita creada por la reforma es de género a especie; esto quiere decir que parecería que fuera una relación especial con respecto a la asociación ilícita común. Sin embargo, en la redacción de la ley 24769 se omitió una mención “al solo hecho de pertenecer” a la asociación. El artículo 210 dice: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Es esta última expresión la que no aparece en la redacción de la reforma que se insertó en la Ley Penal Tributaria, y esto puede traer algún que otro dolor de cabeza en la interpretación del tipo penal. Sin embargo, parecería que lo que el legislador ha querido reprimir es la pertenencia a la asociación y no otra cosa, por la forma en que está redactado. El otro elemento bastante conflictivo que trajo la reforma es un modificador al destino de la asociación, porque en el artículo 210 ésta estaba destinada a cometer delitos y, en cambio, en el artículo 15 C) dice “... esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley”. Pero previo a esta frase le pone el modificador “habitualmente”, o sea que dice “habitualmente esté destinada”. Parecería ser que con la introducción de este “habitualmente” se modifica el destino de la asociación, ya que “habitualmente” puede entenderse como una cualidad que se adquiere a partir de la repetición de hechos. El problema de cuántos son los hechos necesarios aparece como de bastante difícil solución y esta imprecisión resulta aberrante para un Derecho Penal liberal como el nuestro. De todos modos, la cantidad de hechos siempre va a tener un valor indiciario para el juez para saber si está en presencia de una organización que tiene el hábito de cometer o de participar en delitos de evasión.

En cuanto al tipo subjetivo, hay que remarcar que todo el artículo 15, tal como fue redactado, va precedido de la fórmula “el que a sabiendas”, respecto de la cual coincido con el profesor Donna en el sentido de que suele decirse que éste revelaría un dolo específico y esta categoría –“dolo específico”– no tiene mucha práctica ni mucha significación en el ámbito de la ciencia del Derecho Penal y, por lo tanto, es raro que la Corte la recepte. La fórmula “el que a sabiendas” indica, a mi criterio, que la figura requiere un dolo directo al menos en cuanto al núcleo del tipo, es decir, en cuanto a la pertenencia de la persona a la asociación, aunque no así en cuanto al hecho específico cometido por la organización. Vale decir, la persona debe actuar con conocimiento de que integra una asociación que habitualmente se dedica a cometer delitos de eva-

sión o los previstos en la Ley Penal Tributaria, aunque respecto de un hecho en particular pueda no tener un conocimiento acabado.

Otro de los temas que quería comentar es el de la punibilidad. Hay una intensificación en cuanto a la punibilidad al crear un mínimo, que en el caso del delito de la asociación ilícita es de tres años y seis meses de prisión que por el máximo de diez años previsto, definitivamente torna inexcusable al delito en cuestión. Existe una evidente intención legislativa de que esto sea así, o sea, de no permitir que la persona transite el proceso en libertad, lo cual es una técnica legislativa desaconsejable desde el punto de vista de la política criminal y en este sentido se han pronunciado muchísimos doctrinarios. Sin embargo, también hay al menos una corriente jurisprudencial que comparto, en el sentido de que es una política criminal que escapa a los jueces y que, desde mi punto de vista, no agravia necesariamente las normas constitucionales desde que la presunción de inocencia, que se deriva del artículo 18 de la Constitución de la Nación, debe conjugarse también con el derecho de la sociedad a que los delitos se repriman, que también emana de la Constitución a partir de su propio Preámbulo.

Éstas son las ideas que quería exponerles a partir de la reforma y quedo a su entera disposición para las consultas que consideren necesarias. Gracias.

Dr. Diego García Berro:

Buenas tardes. Ante todo yo también quiero agradecer a las autoridades del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, no sólo por permitirme estar frente a este auditorio, sino también porque nos posibilita cumplir con una doble finalidad. Por un lado, una finalidad que entiendo republicana, en cuanto permite poner a disposición de los demás cuáles son las ideas y reflexiones que los jueces tenemos sobre algunos aspectos específicos, en tanto esto contribuye a que las decisiones judiciales en algún punto sean predecibles, previsibles e incluso hasta exigibles, en función de lo que cada uno públicamente va exponiendo sobre los distintos pareceres respecto de estos temas. Además, porque, como dice un conocido autor, Ferrajoli, comparando a los jueces con científicos de otras áreas, los primeros normalmente no tenemos la instancia llamada “del error fecundo”. Es decir, la instancia de poder someter a consideración de ámbitos científicos nuestras ideas con el objeto de que éstas sean analizadas y podamos entonces advertir nuestros errores antes de que resolvamos, de modo tal que esos errores eventualmente tengan una reparación oportuna.

Por lo tanto, aprovecho especialmente estas generosas invitaciones como la que me han hecho en este caso, porque resultan sumamente útiles para detectar los posibles errores de razonamiento, sea por comentarios posteriores de los otros panelistas, por comentarios de los asistentes o por lo que yo pueda pensar mientras estoy hablando, y esto seguramente va a contribuir a mejorar mi función.

En cuanto al contenido de la exposición, normalmente cuando uno asiste a este tipo de charlas maneja una serie de condicionamientos inevitables, como

son el tema y el tiempo de exposición, sumados a los propios condicionamientos, vinculados con el cargo que se desempeña, etc. Es decir que hay una serie de factores y variables que van codeterminando el contenido de la exposición y, además, uno lógicamente la organiza suponiendo que el interés que puede tener el auditorio coincide con nuestra intervención. Entonces, teniendo en cuenta la solidez de la disertación del doctor López Biscayart y la de distintos autores de doctrina que ya han abordado la cuestión estrictamente técnica y dogmática en relación con estas reformas legislativas, yo voy a orientar mi presentación a esta preocupación que conjeturo pueden tener los escribanos de verse involuntariamente involucrados por un hecho doloso de otros y que eso los obligue a enfrentar consecuencias graves, como son las penales. Si partimos de esa conjetura, lo cierto es que ya hemos percibido en distintos círculos profesionales –entre los que está el Colegio de contadores, con los que ya hemos hablado– esta preocupación generada por estas últimas reformas; no obstante lo cual yo pretendo dar una visión tranquilizadora. No porque me lo proponga específicamente, sino porque verdaderamente pienso que no ha habido una modificación relevante en cuanto a la situación del escribano frente al Derecho Penal.

Además de esta observación inicial sobre el contenido de la exposición, me gustaría aclarar que esto de ningún modo implica restar importancia a las cuestiones dogmáticas. De hecho son temas que discutimos habitualmente porque, si bien quizás para el exterior parece que las cuestiones técnicas o dogmáticas que tratamos los penalistas son cuestiones encriptadas que nos entretienen sólo a nosotros, lo cierto es que detrás de éstas hay consecuencias muy importantes en juego. Lo único que pretendemos cuando leemos, estudiamos o intercambiamos opiniones sobre dogmática es lograr una resolución más justa para los casos futuros. Por lo tanto, es sumamente importante. Simplemente me eximo de ese contenido en función de la exposición que me precedió.

Voy a anticipar mi opinión general sobre esta preocupación existente: creo que en algún punto es excesiva. Más tarde explicaré por qué digo “en algún punto”. Si pensamos en cuáles son las posibilidades de que un escribano que actúa de buena fe en determinado negocio o acto jurídico, es decir, sin intención dolosa de contribuir al delito, pudiese encontrarse involucrado en un delito ajeno, me parece que son tan escasas antes de la ley 24769, es decir con la ley 23771, como después de las reformas, que son las que acaba de comentar el doctor López Biscayart.

De hecho, hubo referencias aquí en cuanto a que los delitos de asociación ilícita o la cooperación dolosa de un escribano, un contador o cualquier otra persona en un hecho doloso de otro, obviamente implica una responsabilidad penal antes o después de la reforma. De modo que no veo particularmente un riesgo mayor en este sentido. Por el contrario, sí se nota, tal como lo ha señalado el doctor López Biscayart, una severidad mayor en las penas y, eventualmente, alguna especificidad en cuanto a cuáles son esos datos de la realidad que ha captado o seleccionado el legislador en estas últimas reformas. Pero de todas maneras, me parece que si uno nuevamente se formula la hipótesis de

un escribano que conoce que la sociedad que está formando tiene como fin vender facturas falsas, disminuir impuestos a las ganancias o al valor agregado, etc., y que actúa en función de ese conocimiento y sumándose a ese plan, creo que antes y después va a encontrarse con una responsabilidad penal, antes y después posiblemente será imputado por asociación ilícita, antes la común y ahora la fiscal, con algunas notas distintivas que ya se han señalado. Pero no creo que la preocupación central sean estas cuestiones quizás más finas, sino esta suerte de rumor generalizado según el cual ahora todos los contadores y escribanos podrían terminar presos con motivo de estas nuevas modificaciones.

De ningún modo pretendo, ni minimizar, ni simplificar la complejidad de la función notarial. Lógicamente tengo noticia de la cantidad de normas legales y reglamentarias que los escribanos tienen que observar en el cumplimiento de su función, así como también las diferentes responsabilidades que, eventualmente, tienen que afrontar (civiles, administrativas, penales, disciplinarias, etc.). Hemos conversado, antes de esta charla, incluso sobre algunas otras que les están por sumar, según tengo entendido. De modo que ya de por sí esta complejidad enfrenta al escribano ante aquellas posibles y diferentes responsabilidades. Pero como mi tema es la eventual responsabilidad penal, no quiero que se lea desde mi discurso alguna especie de simplificación indebida de esa función y de esas responsabilidades; lo que ocurre es que no veo un riesgo de mayor relevancia en comparación entre la situación actual y la anterior y voy a dar a continuación algunos fundamentos que habilitan, según creo, esta opinión.

Además de la hipótesis de un escribano que actuaba de buena fe o dolosamente antes y después de la reforma, me parece que hay una idea que puede resultar informativa respecto del resto de la exposición, e ilustrativa, incluso, para comprender algunos aspectos específicos de esta preocupación que ustedes pueden tener, que es la inclusión de los delitos tributarios dentro de la subcategoría de delitos económicos, pero, más centralmente, dentro de los delitos en general. Esto tiene aspectos más y menos cómodos para aceptar. Entre estos últimos se encuentra el hecho de que, por tratarse de un delito como cualquier otro, en cuanto hay un bien jurídico penalmente tutelado y acciones especialmente desvaloradas por el legislador, porque entiende que son las más graves lesiones contra esos bienes más valiosos, enfrenta a quien tenga alguna responsabilidad en el asunto con el Derecho Penal que es la herramienta más poderosa y quizás más violenta que tiene el Estado como medio de control social. Es decir que esta categorización del delito tributario como delito tiene esa implicancia por cierto grave. Pero como contrapartida consecuente, derivada y necesaria, tanto en el juzgamiento de este tipo de ilícitos como en la valoración que los magistrados hacen de cada una de las conductas concretas que se someten a su juzgamiento, rigen una serie de garantías previstas inequívocamente en el ideario liberal y garantista que tiene la Constitución Nacional. Lógicamente no voy a hacer un detalle pormenorizado de todas estas garantías, aunque sí voy a referirme a algunas en particular, ya que tengo la impresión

de que están especialmente vinculadas con esta preocupación inicial. Una de ellas es el principio de culpabilidad. Si la preocupación es si uno, a partir de un concepto causal natural, puede encontrarse involucrado porque intervino, de hecho, en un acto en el que los participantes, finalmente, lo utilizaron para un delito doloso, hay que destacar que esa sola condición causal (desde el punto de vista natural) a ese resultado no podría ser considerada por ningún penalista, según creo, como algo suficiente para imputar un delito. De hecho, esta teoría causal, denominada teoría de la equivalencia de condiciones, que no viene al caso desarrollar, ha sido sustituida, por no ser suficiente para asumir un criterio jurídico penal de imputación, por criterios más modernos que permiten atribuir un resultado determinado a una persona en particular, como una obra suya. Y el principio de culpabilidad, fundamentalmente, exige una vinculación subjetiva entre el autor o el cómplice y el hecho. Se ha dicho –concretamente Zaffaroni lo ha hecho– que el negar el principio de culpabilidad supondría, por ejemplo, reducir a una persona a una especie de “cosa causante”, porque el principio de culpabilidad se basa en la libertad del hombre, en su esencia de ente moral y, por lo tanto, en su capacidad de elección. De modo que si el escribano, en este caso hipotético, no conocía, no sabía o no tuvo ningún elemento como para ponderar la posible vinculación que su obrar podía tener con un hecho ilícito, mal podría atribuírsele ese resultado aunque causalmente hubiera contribuido a que se produjera e imputárselo penalmente si no existe esta vinculación subjetiva. La doctrina señala, de hecho, que éste es un principio rector de la justicia y que repugna a la conciencia jurídica de nuestros días la pretendida supresión de esta vinculación subjetiva entre el autor y el hecho.

Por lo tanto, me parece que esta categorización del delito tributario como delito en general, aunque, como decía el Dr. López Biscayart, nos cueste socialmente asimilarlo como una conducta antisocial, lo cierto es que legislativamente así está previsto. Así es como, con independencia de cuál sea la reflexión que cada uno pueda tener, y no tomo partido por ninguna, en cuanto a cuáles son las finalidades con las cuales esta reforma fue incluida, o la finalidad de la severidad de las penas, uno podría pensar que esta reforma es una herramienta eficaz y que son atinadas las razones de política criminal que fundaron su establecimiento. También podría pensarse, en cambio, que lo único que se pretende es la conformación de lo que se denomina un Derecho Penal simbólico, que haga aparecer como que el Estado se ocupa de los problemas aunque en realidad solamente aumente una pena, o que el fin es atemorizar a efectos de lograr una mayor recaudación, etc. Se pueden atribuir una serie de finalidades. Lo cierto es que cualquiera que hubiera sido la finalidad que inspiró esta reforma –podría presumirlo pero no tengo certeza de ello–, estos límites que marca la Constitución Nacional están orientados, tanto al legislador en el proceso de criminalización primaria, como a los jueces al momento de aplicar la ley. Es decir, principios como los de intervención mínima de fragmentariedad, de subsidiariedad del Derecho Penal, de *ultima ratio*, de lesividad, de proporcionalidad, de culpabilidad, etc., implican que el legislador no

puede consagrar como bien jurídico penalmente tutelable cualquier bien jurídico, sino sólo los más valiosos; que no cualquier ataque contra ese bien jurídico puede criminalizarlo, sino solamente los ataques más graves y, a su vez, para los jueces, que no pueden considerar ligeramente autor o partícipe a cualquier persona sin acreditar, no sólo su objetiva intervención, sino además su vinculación subjetiva con el hecho.

Por eso, si la preocupación –como conjeturé– podría ser ésa, me parece que estos principios de culpabilidad y la exigencia de acreditar la mayor vinculación subjetiva que pueda haber, como decía el doctor, en el caso concreto de estos tipos penales que requieren un dolo directo, son garantía no solamente para los escribanos sino para los ciudadanos en general, en cuanto no podrían ser responsabilizados penalmente por el mero hecho de haber contribuido, desde aquel concepto causal natural, a un resultado cualquiera.

También conversábamos, antes de ingresar, sobre la preocupación que teníamos en cuanto a que a veces uno no puede satisfacer todas las inquietudes que se suscitan; primero, por nuestra condición de jueces, que nos impide hacer asesoramientos o algo que se le parezca, pero también porque es muy difícil establecer una especie de normativa sobre cómo proceder para no correr riesgo alguno de ser involucrado en una investigación penal. Lo que yo simplemente puedo hacer es marcar cuáles son los principios y las circunstancias que, según creo, podrían eventualmente valorarse para que después cada uno de ustedes, en función de eso, pueda considerarlo para decidir cómo actuar.

Por lo tanto, el principio de culpabilidad, esta vinculación subjetiva y esta necesidad no sólo de verificar una cadena causal natural, son circunstancias que el juez obviamente tiene que verificar. Además, éste procede como una suerte de historiador; va recopilando datos a través de los distintos medios de prueba, trata de recrear en qué marco se dio ese momento, ese hecho y esa conducta, y valora una infinidad de circunstancias. O sea, como dice la doctrina, la ley penal es una abstracción, y el legislador recorta algunos datos de la realidad óptica y los establece como una conducta delictiva. Lo cierto es que después nosotros, en los casos concretos, no sólo vemos una evasión de tributo nacional superior a tanto; hay una serie de datos que son circunstancias de cada conducta que incide en un hecho determinado, y es precisamente la valoración de esas circunstancias lo que puede llevarnos en un caso a estimar si hay una actuación dolosa o si, por el contrario, ésta no existe. Por eso también es casi imposible decir: en tales circunstancias, no y en tales circunstancias, sí. Es decir, de lo contrario, todas las respuestas a las inquietudes que podría tener este auditorio serían casi idénticas: “y, depende...”, “y, depende...”. Justamente en función de las circunstancias en que el escribano hace su aporte, uno trata de valorar cuáles fueron esas señales que tuvo el escribano y si éstas fueron suficientemente informativas o inocultables u ostensibles de que iba a cometerse un delito. Porque, en ese caso, si el escribano, no obstante advertir estas circunstancias que eran inocultables y evidentes, toma la decisión de aportar a ese hecho, aunque originariamente, por ejemplo, cuando estaban citadas las personas que intervendrían en el acto quizá no tenía una finalidad de eva-

dir ningún tributo ni ayudar a nadie a evadirlo; lo cierto es que la elección que hace en ese momento, una vez que advirtió esa circunstancia, creo yo que implica una asunción de la finalidad del autor por parte del escribano, con lo cual incluye en su finalidad no sólo intervenir en un negocio determinado, sino también intervenir en esto que está advirtiendo.

También decía que es difícil porque hay veces que se pregunta: ¿Pero si yo cumplo formalmente con mis deberes, con eso sólo ya no me eximo de cualquier tipo de responsabilidad penal? O a la inversa: ¿por el solo hecho de incumplir una obligación formal a mi cargo, ya *per se* estoy involucrado en un delito penal o en un delito tributario? Yo creo que no ocurre ni una cosa ni la otra. Es decir, creo que porque un escribano cumpla formalmente con las obligaciones a su cargo, esa sola circunstancia no revela su ajenidad en el hecho. Para no hacer alusiones al caso de los escribanos, si pensamos, por ejemplo, en la cuestión de los piquetes, y nos imaginamos una armería que tiene permiso para vender armas, que está habilitada por la municipalidad, que paga sus impuestos, etc.; a la que, en medio de uno de aquellos piquetes, entra una persona corriendo con la cara tapada con un pañuelo, perseguida por la policía y mostrando un permiso para portar armas dice que le vendan un arma, esto no sería lo mismo, no obstante que esta hipotética armería cumpla formalmente con sus deberes, que si le vendiera el arma a un señor cualquiera en un momento cualquiera. Del mismo modo, en función de estas señales que se advierten, no es lo mismo si un escribano interviene cumpliendo formalmente con sus deberes, advirtiendo que con ese acto se van a evadir tributos nacionales por la cuantía que exige la disposición legal o va a participar en la evasión de otro, que si no advierte tal cosa. A la inversa, tampoco creo que el solo incumplimiento de un deber formal demuestre *per se* que está involucrado en un hecho doloso de otro. Eventualmente puede ser una circunstancia que, valorada globalmente con otra, pueda tener una incidencia. Pero, obviamente, ese incumplimiento de algún deber en particular, tampoco implica, por sí solo, una intervención dolosa en un hecho de otro y su consecuente sanción penal.

Para ilustrar lo que venía diciendo y porque me parece que es una de las preocupaciones centrales de las que puedan tener, me gustaría hacer una cita de Roxin, que dice, con mayor solidez que a la que yo podría aspirar, lo siguiente: “Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda lo sabe, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde el carácter de cotidiano. Ha de definirse como solidarización con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como socialmente adecuado. Por el contrario, si el que presta ayuda no sabe cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo considera posible, entonces su actuar, por lo general, todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo en caso de que el riesgo por él conocido de que hubiere un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecer a un autor reconociblemente propenso al hecho”. Creo que esto resume la idea que, humilde-

mente, traté de transmitir. Es decir, la distinción entre la intervención causal natural que produce el resultado e intervención jurídica penalmente relevante en términos de causalidad para producir el resultado, vinculación subjetiva de autor o partícipe con el hecho y, además, vinculación subjetiva de las más exigentes. Creo que éstas son cuestiones que hay que tomar en cuenta para que tampoco se genere una suerte de psicosis tal que tengan que abstenerse de intervenir en cualquier acto porque supongan que con eso están sometidos a un riesgo penal cierto al otro día. Por eso quería contribuir a redimensionar un poco esta preocupación.

Digo “redimensionar” y decía, cuando empecé, que “en algún punto” no es preocupante, porque lo cierto es que también ha sido marcada la severidad punitiva que se nota en la reforma, y que ésta es una circunstancia ostensible. Si esa severidad supera, o no, los estándares de proporcionalidad que exige la Constitución Nacional no es un tema que vaya a tratar en este momento. No obstante lo cual, supera lo opinable el hecho de que no se trata de penas benignas. Es decir, si nosotros comparamos las penas previstas para el caso de la circunstancia agravante por número de intervinientes, con la pena prevista por el artículo 9 en cuanto al que retiene aportes destinados al sistema de seguridad social nacional, y no los deposita en un mes por más de \$5.000, si eventualmente concurrieran tres personas, tendría una pena mínima de cuatro años de prisión. Es decir, como manifestaba el Dr. López Biscayart, a veces se focaliza la atención en una cuestión, no obstante lo cual se introduce otra que tiene relevancia, por lo menos no menor.

Los delitos tributarios frecuentemente son cometidos en beneficio o con la intervención de personas de existencia jurídica. El obligado tributario muchas veces es una persona de existencia jurídica.

Por lo tanto, el número de intervinientes, en cuanto a tres o más personas, no es una circunstancia demasiado excepcional. Por lo tanto, si se advierte esa severidad punitiva, cabe preguntarse: ¿por qué tal severidad? Como decíamos antes, ¿se pretende atemorizar? ¿aquellas penas tienen una relación directa con el contenido de injusto material? Verdaderamente, me voy a reservar la opinión que yo tenga al respecto, pero sí son preocupaciones que no debemos pasar por alto en momentos en los que la demanda de expansión del Derecho Penal y el aumento de penas es una cuestión cotidiana.

Entonces, aquí preferiría, para terminar, citar algunas palabras que me resultan bastante ilustrativas. Me parece que hay que anteponer o confrontar la severidad de la pena con la certeza de la pena. ¿Qué es lo más importante? ¿Encontrar el camino para que las penas se impongan o aumentarlas aunque sean prácticamente muy pocas las veces que se imponen?

Aquí no haré citas modernas, porque esto se ha explicado antes con mucha lucidez.

Decía Jeremías Bentham: “El hombre, exceptuando el caso en que lo arrastre una pasión fogosa, no entra en la carrera del crimen sino por la esperanza de la impunidad. Si la pena fuese segura, aun cuando no consistiese sino en privar al culpable del fruto de su crimen, nunca éste se cometería, porque nin-

gún hombre sería tan insensato que se arriesgase a cometerle con la certidumbre de no gozar de él y la vergüenza de haberlo intentado”.

Beccaría: “Los crímenes son más efectivamente prevenidos por la certeza que por la severidad del castigo. De tal modo, es una virtud más útil en un funcionario la necesidad de vigilancia y en un juez la de su carácter implacable, unidas a una legislación piadosa. La certeza de un castigo pequeño hará una impresión más fuerte que el temor de uno más severo, si éste es esperado con la esperanza de escapar”.

Por lo tanto, más allá de las suposiciones que podamos hacer sobre la finalidad de esta severidad, lo cierto es que, incluso en el caso de que pensemos que tal severidad es necesaria, deberíamos pensar también en la necesidad de proveer los medios y los caminos para lograr esa certeza en la aplicación.

También otro autor, Maier, decía: “Teóricos y técnicos suelen dejar de lado al encarar la reforma de los sistemas penales, los demás segmentos del sistema. En especial, el subsistema judicial que según observaremos no sólo ejerce una influencia más que considerable en los resultados del sistema penal, sino que además es el que permite más que ninguno formular un planteo de política criminal real y valorable concretamente” .

Es decir que ésta es una cuestión que merece preocupación. También es necesario que nos preocupemos por la necesidad de mostrar una misma imagen pública, o sea, por un lado decimos: “no, lo que estamos incriminando no es sólo el no pago de una deuda tributaria sino el no pago mediante ardid, engaño, etcétera” y luego decimos: “bueno, en realidad no era tan así, si se acoge a un plan de pagos impido formular la denuncia”.

Por un lado, demostramos presencia y fortaleza pública y, al otro día o al otro año, necesitamos a esa persona que pretendíamos atemorizar para pedirle que por favor vuelva al sistema y pague como sea a cambio de flexibilizar lo que se dijo. Esta doble imagen, que a veces me parece que se percibe, es algo que, entre otras cuestiones, creo que contribuye a no encontrar soluciones definitivas a este problema. Por eso, considero que hay que trabajar para encontrar certeza en la aplicación de la ley penal más que en su severidad, hay que trabajar en una imagen coherente del Estado frente a sus ciudadanos.

Los objetivos, por legítimos que sean, no tienen que hacernos confundir en la urgencia por conseguirlos. Normalmente, los objetivos difíciles requieren de caminos difíciles.

Muchas gracias.

Esc. Néstor Condoleo: Sin perjuicio de las preguntas que ustedes pueden hacer por escrito, voy a formular algunos cuestionamientos, más que nada para poder conocer un poco la interpretación y la opinión de los jueces al respecto.

A raíz de lo que hemos escuchado y vinculándolo con la actividad profesional que realizamos los escribanos, como siempre decimos acá, distinguimos claramente la patología de lo que es normal. Cualquier cuestionamiento que

nosotros hagamos, siempre está analizado desde el actuar como corresponde y dentro de la buena fe.

El problema que nosotros encontramos es que, en muchísimos de los casos, por no decir en todos, el escribano se encuentra como víctima, no como victimario. Insisto, no analizamos la patología. Para el escribano que interviene en forma dolosa, no caben dudas, y todos estaremos de acuerdo en esto, corresponderán las sanciones que quepa aplicar al caso. Pero, lamentablemente, parece que hubiera una dicotomía entre lo que es el actuar y en la interpretación de lo que nosotros hacemos a diario, que está en el ámbito del Derecho Civil, y lo que ustedes hacen a diario, que está en el ámbito del Derecho Penal. De pronto nos encontramos con cuestiones que pueden ser hasta limítrofes: operaciones ya conformadas, ya configuradas, ya preestablecidas, donde no hacemos más que interpretar la voluntad de las partes y darle forma jurídica. Sin entrar a analizar terminología y para hacerlo en forma llana: a veces uno se encuentra con situaciones donde hay toda una operación armada, respecto de las que cumple con su actividad profesional, y de golpe se ve envuelto en este problema. Más allá de lo que se ha dicho respecto de la cuestión culposa o dolosa, la interpretación que se hace desde el punto de vista contractual, que es el que adoptamos la gran mayoría de los escribanos, parecería que se lleva de los pelos con lo que plantea la ley. Cuando entramos en cuestiones tales como, por ejemplo, si las partes son las que establecen determinadas características a una operación de compraventa, yo no tengo ni siquiera por qué dudar de esa situación. Es más, el Código me dice: “los contratos se celebran, se interpretan y se ejecutan de buena ley”.

Entonces, ¿cuál es la interpretación?, ¿cómo resolvemos esta dicotomía? Porque a nosotros nos cuesta pensar en penal y supongo, perdón si me equivoco, que a ustedes les pasará lo mismo en relación con lo civil.

Dr. García Berro: Yo realmente no percibo que exista esta separación en cuanto a que los jueces no consideran o no piensan o no valoran la actividad y el ámbito natural en el que se desenvuelven los escribanos. De hecho lo hacemos con un escribano, un contador, un deportista o con quien sea, porque nos obliga la situación a conocer cuál es el ámbito en que una conducta se llevó a cabo e informarnos a partir de esa circunstancia. Lo cierto es que si usted me cita un caso, quizás pueda ser así, no lo sé; tampoco soy garante de las decisiones de los demás. Yo simplemente me guío por lo que sé acerca de cómo tratan los temas las personas que yo conozco, que son el Dr. López Biscayart o la Dra. Straccia, que es la otra juez, así como también muchos otros magistrados para quienes tuve el honor de trabajar. Por lo tanto, creo que normalmente uno se trata de informar de todas las cuestiones necesarias para la valoración del caso. Lo que tengo claro y me parece que es pertinente, es que el escribano no es, como ninguna persona en general, un investigador privado, ni tiene obligación de dudar de todo. Creo que esto es así con independencia del mayor o menor conocimiento sobre el ámbito civil que uno pueda tener. No obstante, como parámetro de valoración general, yo no creo que un

juez penal vaya a formular un reproche penal sobre la base de una supuesta obligación del notario de haber dudado de todo, aun cuando no hubiese razones para dudar. También, habida cuenta de mi experiencia, yo tengo por lo menos veinte años en el Fuero Penal Económico, realmente no he visto demasiados casos involucrados: algunos con el tema del régimen de importación de autos para discapacitados y algunos que conocí con el tema tributario. Y esta escasez en número, me parece que da cuenta suficiente del rigor con el cual esta valoración se hace y también de que, en general, este pensamiento que tengo es compartido. Más que nada lo que uno valora es si hay signos externos o, eventualmente, información que el escribano sí estaba obligado a requerir, y por eso decía antes que el incumplimiento de una obligación formal puede, eventualmente, ser una de las circunstancias a valorar. Ahora, no creo que tenga la obligación de investigar circunstancias que, en principio, parecen normales, porque creo que el escribano, como toda persona, se mueve a priori en función de principios de confianza. Si no, yo no podría comprar algo en un quiosco o en un almacén, me tendría que cuidar de salir a la calle porque por ahí me cruzo con alguien que vende droga y por ahí viene la policía, etc. Es decir que entraría en una psicosis a partir de la cual no podría actuar normalmente.

Dr. López Biscayart: Comparto plenamente lo que ha dicho mi colega y solamente quería agregar una cosa. El derecho sustantivo es unitario o, al menos, debe tender a ser unitario. Por lo tanto, el Derecho Penal en su esquema dogmático incluye la categoría de la antijuridicidad que actúa como unificadora de todo el Derecho. Además, el juez penal es un juez que debe conocer no sólo de Derecho Penal sino también aquél de todas las especialidades involucradas en los distintos tipos penales, de ahí que haya tantas divisiones y especialidades: federales, penales económicos, correccionales, criminales y ahora penales tributarios. Es decir que si uno está analizando la conducta de un escribano va a tener que meterse en las cuestiones y, obviamente, no va a hacerlo con la solvencia que tiene un escribano; eventualmente tendrá que recurrir a un perito, si es una cuestión que escapa a la ciencia del derecho que un juez debe tener habitualmente. Pero, en definitiva, el Derecho es uno solo y la división por especialidades es simplemente práctica.

En relación con este tema de la buena fe que gobierna sin duda las relaciones en el ámbito del Derecho Civil, cosa que obviamente tiene influencia en el Derecho Penal, ésta se presume cuando se está frente a análisis de algún negocio jurídico. Pero bueno, esa buena fe cede ante las evidencias que puedan presentarse en una actividad dolosa.

Dr. Gustavo Romano Duffau: Hay una inquietud que algunos tienen aquí y que quizás ustedes pueden explicar, que tiene que ver con la forma de la convocatoria a rendir declaración indagatoria que existiría hoy día en su fuero, con el agravamiento que ha surgido con estas figuras, que han llevado a estos mínimos a tres años y seis meses o cuatro años de prisión, según

fuere el caso. Creo que muchas veces trae a confusión el porqué la forma de convocatoria es bajo la forma de detención y no a modo de citación.

Dr. López Biscayart: Asumo esta respuesta porque ya he tenido oportunidad en algunos casos de pronunciarme al respecto. Como creo que los jueces hablan por sus fallos, ofrezco mis resoluciones, que son públicas, para el que le interese consultarlas.

Cuando hice mi exposición les expliqué muy básicamente cómo era el sistema de la exención de prisión o excarcelación, cómo funcionaba y cuándo un delito lo admitía. Si un delito no admite la exención de prisión y el juez penal, yo en mi caso, debe convocar a una persona a prestar declaración indagatoria, que es una convocatoria que se hace cuando existe el estado de sospecha suficiente que marca la ley, a mi criterio no corresponde una mera citación y debo ordenar la detención. Creo que la ley me obliga a hacerlo. Es más, sé que hay otros jueces que piensan distinto, pero a mi criterio la ley manda a hacer eso y a mi criterio la función esencial de un juez es cumplir la ley. Si yo en mi íntima convicción creo que debo actuar así o que la ley me obliga a actuar así, debo cumplir la ley.

Dr. Romano Duffau: Es decir, para pasarlo en limpio, ¿cómo sería esto en las figuras agravadas que se trataron?

Dr. López Biscayart: En el caso del 15 c) sería un delito que no admitiría excarcelación porque la pena mínima supera los tres años y la máxima supera los ocho, porque tiene tres años y seis meses y diez años. Es decir, si debo convocar a una persona para escucharlo en indagatoria respecto de este delito de asociación ilícita fiscal, debo ordenar su detención.

Esc. Condoleo: Una de las preguntas es: “si la vigencia es enero 2004, ¿cómo se aplica, cuál es el efecto retroactivo y si en la ley penal se puede?”. Ésta es una duda que ha surgido en varias oportunidades, sobre todo porque si de golpe la situación se ha provocado tiempo atrás y ahora surge judicialmente, es posible que esto traiga alguna implicancia para el escribano que pudo haber actuado.

Dr. García Berro: En cuanto a la validez temporal de la ley penal y para decirlo en forma resumida, la regla es que rige para casos futuros. La única excepción prevista por el artículo 2º del Código Penal, es decir la excepcional aplicación retroactiva, es cuando se trata de una nueva ley más benigna. En resumidas cuentas es esto, no sé si satisface la pregunta. En este caso rige el conocido principio de *tempus regit actum*, con lo cual, con una nueva ley penal no se va a juzgar, por ejemplo, por esta figura de asociación ilícita, a alguna organización que tuviese esas características con anterioridad a su sanción, porque de hecho ese tipo penal no existía, salvo que se considere a la nueva ley penal más benigna. Además, con respecto a esta comparación de leyes a fin de

establecer cuál es más benigna, se ha dicho reiteradamente que no puede hacerse en abstracto, es decir que solamente ante un caso concreto se puede determinar, partiendo de la base de que es diferente la ley vigente al momento del hecho de aquella vigente al momento del fallo, cual es la ley más benigna. En el caso de que la nueva ley sea más benigna, excepcionalmente y por el artículo 2° del Código Penal se aplica retroactivamente.

Dr. López Biscayart: Quería agregar que el delito de asociación ilícita es un delito permanente, al igual, para que me entiendan, que el secuestro extorsivo, por ejemplo. Es decir, constantemente se está consumando. Mientras exista la asociación, va a seguir consumándose. Si una asociación comenzó a funcionar como tal antes de la vigencia de la nueva ley y continuó funcionando con posterioridad, a mi criterio se aplica la ley posterior, aun cuando sea más grave, por el efecto que tienen los delitos permanentes. Por ejemplo, si hay una persona secuestrada y se modifica la ley y la persona sigue secuestrada, se aplicaría la ley posterior aun cuando sea más grave.

Esc. Condoleo: Una de las cuestiones es, tratando de resumirla, que nosotros tenemos mucha conciencia de que en la escritura hay cosas que dicen las partes y cosas que dicen los escribanos. Entonces, ¿hasta dónde nosotros podemos ser, o no, partícipes, cómplices, autores, etc. de lo que las partes dicen, cuando lo que está en juego es eso y no lo que digo yo como escribano? Esto es, ¿cómo se puede juzgar desde este punto de vista que todo lo que está referido a las partes es voluntad de las partes y, supuestamente, si hubiera un ilícito no lo estaría cometiendo yo, que no hago más que dar fe de lo que dicen a través de mi sentido?

Dr. García Berro: No sé si comprendí bien la pregunta, pero me parece que lo fundamental para responder es preguntarse si la intervención del escribano de que se trate, cualquiera fuese esta intervención, constituye, o no, un aporte indispensable para la ejecución del hecho del otro. Desde un punto de vista penal, que cada uno después podrá considerarlo según los actos en los que interviene y valorarlo, por el solo hecho de documentar una manifestación ajena, yo ni agrego ni saco nada, ni pongo ninguna condición sin la cual el delito no se hubiese cometido, en principio ni siquiera objetivamente vería yo la posibilidad de intervención culpable en un hecho doloso del otro. Ahora, si la ejecución de ese delito del otro depende de lo que yo documento, en ese caso solamente verificaría ese nexo causal natural y debería seguir progresando en el análisis, por cierto bastante más extenso de lo que uno por ahí supone, y esto quizá podría llegar a tranquilizar. Es decir, verifico esa cadena causal natural y si con criterios jurídico-penales es atribuible al tipo objetivo, o no, ese resultado. También verifico si esa conducta es subsumible objetivamente, o no, en un tipo penal, si hay una intervención subjetiva del modo requerido por el tipo penal, y así se va avanzando. Pero me parece que en este caso depende un poco de eso. Si sólo recoger la voluntad del otro puede constituir, o

no, un aporte de cómplice me parece que pasa un poco primero por preguntarse si eso constituyó una condición sin la cual el delito no se hubiese cometido, eso por lo menos para una complicidad primaria. Para una complicidad secundaria habría que preguntarse si eso implica un auxilio no indispensable pero que se prestó al autor de un delito. Por lo cual me parece que eso habría que aplicarlo en cada caso particular.

Esc. Condoleo: Lo que pasa, doctor, es que desde el punto de vista de la intervención de un escribano, por ejemplo, en las cuestiones de derechos reales, no nos queda otra que intervenir y parecería ser que alguno siempre se va a ver metido en algún tipo de problema. Es decir, una cosa es que uno autorice un poder y que con ese poder hagan destrozos, donde no cabe duda, y otra cosa es, y digo cualquier ejemplo, donde haya un precio de una operación y donde ya el negocio está concertado, situación en la que lo que yo hago es simplemente cumplir.

Dr. García Berro: Voy a regresar a lo que dije. Si el escribano, en un caso concreto, que incluso creo que estaba en el título de esta convocatoria, como el precio de una compraventa, conoce, sabe y le consta que el precio que está documentando como que se está pagando no es el que se está pagando y sabe cuál es la finalidad con que se hace, este incumplimiento en este caso en su carácter de fedatario, en la medida en que conozca a qué fines ese incumplimiento se pretende utilizar, puede constituir, o no, un aporte doloso. Yo no quiero decir con esto que los escribanos estén obligados a averiguar el precio real, etc. No es la idea del escribano que duda de todo, sino del escribano que actúa de buena fe, pero que quizás tiene signos externos que no le podrían haber pasado inadvertidos, en cuanto a que lo que está documentando no es algo cierto.

Dr. López Biscayart: No es extraño para nosotros el tema de que una escritura pública contiene elementos que están abarcados por la *fideidatio* y otros que no. Los elementos que están abarcados por la fideidad, es decir, lo que pasó delante del escribano o los que él mismo actuó, son los que pueden ser objeto de una falsedad y ésta puede ser un medio idóneo para cometer un delito tributario, como puede ser una evasión. Aquellos elementos que están dentro de la estructura que no están alcanzados por *fideidatio* no podrán ser objeto de una falsedad, no obstante lo cual pueden contener una simulación, que puede ser realizada con conocimiento del notario. Entonces, si el notario sabe que el acto que está instrumentando es simulado, presta su colaboración y sabe que eso es para evadir y... señores: está participando. Aun cuando sean elementos que no están alcanzados por la *fideidatio*. Lo que quiero transmitir es lo siguiente: para nosotros no es una cuestión extraña esto de que en una escritura haya elementos que puedan ser alcanzados por una declaración de falsedad y otros que no. Pero aun en el caso de estos últimos, si el escribano, aunque cumpla normalmente la normativa que rige su actividad, está facilitando

con eso una evasión, a sabiendas de que lo está haciendo, es decir, con conocimiento y voluntad de prestar su aporte para que el hecho se lleve a cabo... y, eso en el Derecho Penal se llama participación.

Dr. García Berro: Por la ley se nos atribuye competencia respecto de las causas que se empiecen a tramitar después de la habilitación de los tribunales, no obstante lo cual, eventualmente, podemos llegar a tener, por alguna razón excepcional, competencia en delitos anteriores. Por ejemplo y no quiero tampoco aburrir con cuestiones procesales, si hay una conexión objetiva, subjetiva, etc. que, por alguna razón, nuestro expediente atrae otro expediente, incluso por la ley anterior, pero que debe conocer el mismo tribunal por razones de orden procesal y para evitar pronunciamientos contradictorios. Esto eventualmente nos puede llevar, de hecho creo que pasa en los tres tribunales, a que tenemos casos anteriores a nuestra asunción en el cargo.

Esc. Condoleo: Otra pregunta es: ¿qué ocurre en caso de que el escribano realice determinadas operaciones con un grupo de personas y posteriormente, sin haber sospechado nada en el momento, toma conocimiento o sospecha que hay alguna actividad ilícita desde el punto de vista tributario? Es decir, ¿tiene algún tipo de obligación para no estar inmerso en alguna complicidad?

Dr. García Berro: No es sencillo dar una respuesta unívoca, habría que ver qué información del escribano está comprendida, o no, por razones de secreto, consecuentemente, cuáles no y, también, si respecto del dato de que se trate, existe alguna obligación de informar, o no. Creo que esto también está vinculado con el tema de su carácter, o no, de funcionario público, que tengo entendido ha sido discutido desde antiguo en la doctrina: si es un funcionario público, si tiene funciones públicas o si es un profesional del Derecho, etc. Es decir que me parece que se concatenan una serie de cuestiones y que la respuesta depende de la opinión que uno tenga sobre cada uno de esos aspectos en particular.

Dr. Romano Duffau: Quisiera transmitir otra pregunta del auditorio en torno al tema de la detención anticipada, respecto de cuando se habló de la asociación ilícita, si queda claro que en el caso del inciso c), ¿toda citación es en calidad de detenido?; ¿qué pasa con el inciso b)?

Dr. García Berro: Iba a recordar que todas las consideraciones que hizo el Dr. López Biscayart anteriormente con respecto al carácter condicional, o no, de la eventual condena que enfrente el imputado y, consecuentemente, la posibilidad, o no, de la libertad condicional, de excarcelación, etc., son temas vinculados. Él, como lo señaló, tiene una opinión formada al respecto y, por ello, en tanto uno piense que por la escala penal en abstracto y en tanto supere el máximo de los ocho y el mínimo de los tres años, el delito no es excarce-

lable, sea este delito o cualquier otro, debería en forma consecuente, para ser coherente con esta forma de pensamiento, ordenar la detención y no la simple citación. Yo no doy una opinión personal porque no he tenido ningún caso todavía en el que expresarme respecto de ese punto. Así es como prefiero no manifestarme. Pero, hay otra corriente que lo que valora es que, en definitiva, cualquier regla procesal no puede escapar a una regla general de proporcionalidad de las reglas de coerción y, por lo tanto, únicamente lo que puede justificar la detención de una persona es la presunción de fuga. Lo que pasa es que muchos sostienen que el legislador, en función de esta normativa que hay en los artículos 316 y siguientes del CPPN, ha establecido una presunción legal, que consistiría en que, ante la gravedad de la eventual condena que enfrenta, el imputado se va a fugar. Otros, en cambio, sostienen que ésa no puede ser una valoración de tipo automático, o sea que no es suficiente tomar en cuenta la escala en abstracto del delito para valorar que esa persona se va a fugar, sino que es necesario llevar esa presunción al caso concreto y verificar si no hay alguna circunstancia excepcional que permita apartarse de esa presunción legal de fuga que parece desprenderse del texto legal. Son un poco estas dos corrientes las que hemos estado viendo últimamente con mayor asiduidad a raíz de ciertos votos, medulosos por cierto, de la Cámara del Crimen. Son temas que están vinculados y respecto de los cuales hay un debate actual muy interesante.

Dr. López Biscayart: En el caso del inciso b), al que me parece que abarcaba la pregunta, yo creo que las normas de excarcelación o eximición de prisión no han variado. Porque si bien fue clara, para mí, la intención del legislador al fijar el piso de cuatro años, no se advirtió que no se modificaba el máximo, con lo cual en los casos de evasión simple que tienen una pena máxima de seis años, igual sería procedente la excarcelación. La diferencia es que lo que no sería procedente es la condena de ejecución condicional, es decir, la sentencia que se dicte en definitiva, si es condenatoria, necesariamente tiene que ser una condena de cumplimiento efectivo, pero no habría variado sustancialmente el tema de la libertad durante el proceso.

Esc. Condoleo: Ustedes mencionaron el tema de la inconstitucionalidad. ¿Ha habido planteos en este sentido?

Dr. García Berro: En doctrina yo he leído varias reflexiones relacionadas con la constitucionalidad de las penas y con la constitucionalidad de estas figuras. En el ámbito de Tribunales, la verdad es que en este momento no tengo presente ningún caso en que se hubiese planteado concretamente la cuestión.

Dr. Romano Duffau: Específicamente, volviendo al tema de la convocatoria en calidad de detenido, creo que lo que sí hay son fallos que declararon inconstitucional el artículo 316. Hay fallos de la Sala 1ª de la Cámara del

Crimen en que se ha declarado la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 316 del Código de forma; que es aquel que rige la posibilidad de la concesión de la exención de prisión sobre la base de los principios que planteaba en esta otra corriente el Dr. García Berro y entonces existe la posibilidad de citar a la persona o de que ésta continúe en libertad durante el trámite de la causa, que es una postura completamente distinta de la que planteaba el doctor López Biscayart. Aun cuando digo que esta declaración de inconstitucionalidad corresponde a una Sala de la Cámara del Crimen.

Dr. García Berro: Sí, creo que aquel criterio fue conformado con los votos de los Dres. Bruzzone y Donna.

Dr. Romano Duffau: Sí, exactamente. Pero es un fallo relativamente nuevo, porque es del año pasado. Ahora bien, ¿han existido planteos concretos respecto de la constitucionalidad de la reforma a la ley penal tributaria?

Dr. López Biscayart: Respecto de la constitucionalidad, o no, de la reforma de la ley sustantiva nuestra, la ley 24769, no se hizo ningún planteo. Sí hemos leído mucho en doctrina; es más, algunos me han atribuido haber dicho que es inconstitucional, lo cual no es real y hay varios artículos de doctrina que lo vienen citando y, en realidad, yo nunca dije eso.

Dr. Romano Duffau: Ahora, los planteos de inconstitucionalidad, ¿en qué están fundados?

Dr. García Berro: En la desproporción de las penas, en el tema de si hay un bien jurídico protegido por estas dos figuras, o no, en la afectación, o no, de estos principios que hemos tratado: mínima intervención, fragmentariedad, *ultima ratio*, subsidiariedad, proporcionalidad, etcétera.

Dr. López Biscayart: En la determinación del tipo, por el tema de la indefinición del bien jurídico tutelado.

Dr. García Berro: De hecho, hay resoluciones de inconstitucionalidad sobre la figura vieja de la asociación ilícita, con lo cual yo creo haber visto algunos de esos argumentos reeditados respecto de esta figura.

Dr. Romano Duffau: ¿Ya hay intervención de tribunales superiores o es solamente en fallos de primera instancia?

Dr. García Berro: No, de la nueva ley no. No conozco, por lo menos.

Esc. Condoleo: Hay varias preguntas que trataré de resumir respecto de qué ocurre en el caso de la actuación de cualquier escribano, concretamen-

te en el tema de la constitución de sociedades, con todas las licitudes del caso, y que después realizan algunos actos ilícitos desde el punto de vista tributario. ¿Qué responsabilidad puede tener el profesional interviniente?

Dr. García Berro: Yo creo que en parte de la formulación, en cuanto a que “en su momento cumplía con todas las licitudes del caso”, ahí está, como habíamos hablado, la cuestión. Si en el momento en que el escribano intervino, simplemente vinieron personas a constituir sociedades, no creo que ésa sea una señal sospechosa de la comisión de delitos. Si a esa descripción bastante escueta de una situación concreta empezamos a sumarle ingredientes, terminaré respondiendo, como anteriormente: depende. Si le sumo ingredientes en un sentido, tendré que decir: “y, el escribano posiblemente tenga que enfrentar una imputación penal”. Si le sumo ingredientes circunstanciales en otro sentido, posiblemente tenga que asegurarle que no puede ser involucrado penalmente. Con lo cual, creo que con esa descripción así tan escueta y aislada de otros datos, si es que en el momento se contaba con todos los elementos que conducían a suponer la licitud de la operación, no veo una posibilidad de que el escribano tenga una intención dolosa de contribuir en el hecho doloso de otro, del cual ni siquiera, en esta hipótesis, habría tenido noticias. Me parece que sería una construcción bastante forzada.

Esc. Condoleo: A título de aporte, ¿qué piensan ustedes desde su posición de magistrados y de profesionales del Derecho que son, sobre el aporte que puede hacer desde el ámbito institucional el Colegio de Escribanos y los escribanos en particular, como para poder realmente trabajar en forma conjunta en este tema colaborando con la justicia, y no vernos inmersos nosotros en este tipo de problemas?

Dr. García Berro: Pienso que precisamente este tipo de encuentros son sumamente valiosos porque se desmitifican muchas cosas hablando e intercambiando ideas. En definitiva, me parece que casi siempre los ámbitos de pensamiento, de interacción de opiniones, son el mejor aporte que puede hacer el Colegio de Escribanos hacia sus profesionales al abrir canales de diálogo con todas las personas de que se trate. De hecho, así lo hace: con la AFIP, con la UIF, con la Justicia. Como dije al inicio, por lo menos para mí, y estoy seguro de que para el doctor también, es sumamente valioso este tipo de encuentros porque por las preguntas que se formulan, por las inquietudes que se transmiten, por la visión sobre determinado tema que se refleja en esas preguntas e inquietudes, es decir, a partir de este intercambio, uno mejora o abandona ideas, etc. Me parece que eso es lo más valioso para uno y para los demás.

Esc. Condoleo: Como tratamos de ser puntuales en el inicio y en el final, nos resta solamente agradecerles. Realmente valoramos muchísimo la presencia de ustedes aquí y la forma en que han tratado los temas. Lo mismo a los concurrentes. Y hacemos público, aunque ya lo hemos hablado, que ésta

es la casa de ustedes. Todo lo que podamos poner a disposición en colaboración del Poder Judicial, saben que así va a ser. Asumo un poco el rol de representante de la institución. Esta casa siempre ha sido una amiga de la justicia y queremos seguir siéndolo, así es que estamos a entera disposición. Muchísimas gracias a todos.