

S u p r e m a C o r t e :

I

Por sentencia del 9 de septiembre de 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza condenó a Jorge Carlos Palero a la pena de dos años de prisión, como autor responsable del delito descrito en el artículo 9 de la ley 24.769, cometido en forma reiterada, por la apropiación indebida de recursos de la seguridad social correspondientes a los meses de mayo (\$5.221,72), julio (\$ 5.222,94), agosto (\$5.611,34), noviembre (\$5.374.04) y diciembre (\$7.493,50) de 1998 y enero (\$5.249,30), marzo (\$5.211,08), junio (\$7.172,20) y julio (\$5.000,56) de 1999 (fs. 237 y 241/261).

Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Palero y casó el fallo, con ese alcance, por errónea aplicación de la ley sustantiva (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación) respecto del período correspondiente a noviembre de 1998, por el que lo absolvió. Sin embargo, el tribunal rechazó la impugnación en lo relacionado con el resto de los agravios y mantuvo la pena impuesta (fs. 350/358).

Contra dicho pronunciamiento la asistencia letrada del procesado dedujo recurso extraordinario federal (fs. 453/475), que fue concedido a fojas 480.

Finalmente, luego de corrida la vista a esta Procuración General, la defensa realizó una presentación en la que invocaba la aplicación del artículo 13 de la ley 26.063 (modificatoria del artículo 9 de la ley 24.769), con base en el principio constitucional de la ley penal más benigna (artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica) habida cuenta que en su texto actual se había aumentado "el resultado del tipo objetivo" en más de diez mil pesos (\$10.000) por período men-

sual, y que las sumas no depositadas a su respectivo vencimiento habían sido inferiores a dicho importe.

II

Al exponer los agravios que fundaban el recurso interpuesto, los apelantes cuestionaron, en primer lugar, la interpretación que el a quo había otorgado al artículo 9 de la ley 24.769, en cuanto invertía la carga probatoria para demostrar la retención de los aportes, lo cual entendieron que violentaba el estado de inocencia que reconoce el artículo 18 de la Constitución Nacional (punto II.1 de su presentación de fs. 453/475). En igual sentido, impugnaron el fallo por considerarlo arbitrario, al haberse omitido el tratamiento de cuestiones oportunamente propuestas por esa parte y reiterar los fundamentos de la sentencia de la anterior instancia (punto II.3).

En el acápite II. 2 explicaron que también dirigían su crítica contra el rechazo por parte del a quo de la existencia de un estado de necesidad disculpante como causal excluyente de la culpabilidad, sin valorar la sentencia del juez del concurso preventivo de la empresa (en violación a los principios constitucionales de ne bis in idem y cosa juzgada, consagrados en los artículos 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica, y 17 y 18 de la Constitución Nacional).

En referencia a cada uno de los períodos que conformaban la base fáctica de la sentencia, cuestionaron la imputación de los montos correspondientes a mayo y julio de 1998, en tanto tales importes ya habían sido cancelados y solicitaron en tal sentido, la aplicación de la doctrina que surge del precedente de la Corte B.766.XXXIX "Bakchellián, Fabián y otros s/infracción ley 24.769 -causa n° 3977-" resuelta el 28 de septiembre de 2004 (punto II.4). También manifestaron que los de agosto de 1998 y julio de 1999 habían sido parcialmente

pagados, por lo que su remanente debía ser considerado atípico (puntos II.5 y II.6) y se agravieron acerca de la caducidad del acogimiento al régimen del decreto 93/00 (punto II.7).

Finalmente pretendieron impugnar la imposición de la condena en forma efectiva en virtud de un antecedente de condena anterior en los términos del artículo 27 del Código Penal, al entender que dicha interpretación violaba los principios constitucionales de ne bis in idem y cosa juzgada.

Como último punto, la defensa hizo saber del acogimiento a un plan de pagos según el decreto 1384/01, el cual a la fecha no registraba incumplimiento (a tal fin, aportaron piezas documentales que avalarían dichos extremos) y solicitaron la aplicación de las disposiciones del artículo 73 de la ley 25.401, según la interpretación que dicha norma merece de acuerdo al citado precedente "Bakchellián" (punto III).

III

Entiendo que corresponde comenzar el tratamiento de la cuestión recordando que V.E. ha establecido que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque éstas sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 308:1489; 310:670; 311:787; 312:555; 313:701; 315:123; 324:3948; 327:2476, entre muchos otros).

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

De ello se deriva que resulta imperativo examinar si las conductas juzgadas pueden seguir siendo consideradas merece-

doras de reproche penal. Pienso que ello es así pues también ha puntualizado V.E. que los efectos de la benignidad normativa en materia penal "se operan de pleno derecho", es decir, aun sin petición de parte (Fallos: 277:347; 281:297 y 321:3160).

Por otro lado, el análisis acerca de la aplicación de ese principio legal, que ha sido también establecido en tratados de orden internacional con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), no parece necesitar en el sub examine de mayor debate (Fallos: 321:824 -disidencia de los doctores Fayt, Boggiano y Bossert y Petracchi- y 3160; 324:1878; 327:2280 y causa C.77.XL "Cristalux S.A. s/ley 24.144" resuelta el 11 de abril de 2006) y, al mismo tiempo, su examen es previo a cualquier otra cuestión pues, de admitirse, devendría abstracto el tratamiento de los demás agravios del recurrente.

Habida cuenta de ello, soy de la opinión que tales extremos justifican la intervención de V.E. por esta vía extraordinaria (Fallos: 321:3160; 324:1878 y 2806), atendiendo a que, además, la resolución impugnada es la sentencia definitiva proveniente del superior tribunal de la causa (artículo 14 de la ley 48).

Al respecto cabe destacar que, como se ha dicho, la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que la imputación estaba conformada por ocho períodos mensuales en los que se había omitido integrar sumas superiores a los cinco mil pesos, y estos montos, por cierto, no fueron cuestionados por las partes, sino sólo en cuanto a la exigencia de su disminución por pagos parciales, según reclamó la defensa. Ellos, recuérdese, consistían en: mayo (\$5.221,72), julio (\$5.222,94), agosto (\$5.611,34) y diciembre (\$7.493,50) de 1998

y enero (\$5.249,30), marzo (\$5.211,08), junio (\$7.172,20) y julio (\$5.000,56) de 1999.

Sin bien al momento de dictarse la sentencia condenatoria y la posterior decisión del a quo aquí cuestionada, dichos importes resultaban suficientes para que su respectiva retención configurara el delito previsto en el artículo 9 de la ley 24.769, la reforma operada con la sanción de la ley 26.063 es clara en cuanto a la exigencia que dicha conducta ilícita implique la omisión de ingresar los recursos de la seguridad social por una suma superior a los diez mil pesos por cada mes.

En tales condiciones, entiendo que resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del Código Penal, en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional a las que se ha hecho mención (Fallos: 321:3160; 324:1878 y 2806 y 327:2280).

Finalmente y como ya lo adelanté, esta conclusión torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios.

IV

En razón de las consideraciones aquí efectuadas, estimo que corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada.

Buenos Aires, 22 de septiembre de 2006.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL