

PRÓLOGO

Es un lugar común aludir, cuando se inicia la redacción de un prólogo, a las dificultades que lastran la tarea del prologuista. Las reglas de estilo exigen evitar tanto el galeato como el resumen descriptivo, seguramente empobrecedor, de los contenidos de la obra.

Sin embargo, es imposible no hacer referencia, siquiera sea selectivamente, a esos contenidos y muy difícil eludir las valoraciones. Tampoco resulta fácil superar otro escollo presente en este caso: prologar desde España una monografía jurídica argentina comporta el riesgo de incurrir en “colonialismo cultural”, esto es, analizar lo ajeno desde la siempre limitada y parcial perspectiva propia.

No hay duda de que el lector se encuentra ante una obra argentina. El autor declara expresamente que se ha esforzado en evitar la perplejidad de quien, tras una sosegada lectura, termina por preguntarse “si aquí rige el Código Penal alemán —o el español o el italiano—, en lugar del argentino”.

No obstante tratarse de una obra situada no sólo en el espacio y en el tiempo, sino también, y sobre todo, en la norma positiva, el tema tratado presenta elementos que no resultan del todo ajenos al prologuista foráneo. Si hay un ámbito en el que la globalización se proyecta nítidamente sobre la política criminal, ése es el de los delitos socioeconómicos. Nada sorprendente si se observa que el proceso globalizador es, singularmente, el de expansión de un determinado modelo de mercado.

En consecuencia, los problemas que el legislador argentino ha tenido que afrontar al aprobar la ley 26.735, modificatoria de la ley 24.769, no son muy lejanos a los que se han presentado en otras latitudes. Tampoco las soluciones adoptadas.

De ahí que cuando el autor, mi amigo y colega Marcelo Riquert, me propuso la redacción de este prólogo, entendiera que el denunciado riesgo de “colonialismo” era superable, por cuanto la materia no podía resultarme, en este mundo globalizado, totalmente ajena. Ya Discépolo había advertido que estamos “en un mismo lodo todos manoseaos”. Si la observación era válida en el siglo xx, puede seguir siéndolo, y con más razón, en el XXI.

La política criminal frente a la delincuencia económica es tributaria de limitaciones que tienen anclaje estructural. Allí donde impera la *lex mercatoria*, el derecho penal no puede sino limitarse a la criminalización de los comportamientos más gravemente disfuncionales al modelo económico. Y aunque nadie pone hoy en duda seriamente la gravedad de los denominados delitos socioeconómicos, lo que avalaría las opciones punitivas contundentes, tampoco se puede desconocer que su persecución queda condicionada por consideraciones de diverso orden —complicidad con la delincuencia de cuello blanco, necesidad de políticas fiscales que no inhiban las inversiones extranjeras, supeditación a contingencias determinadas por la coyuntura económica, etcétera— que llevan inexorablemente a soluciones de derecho penal simbólico.

Sólo un ejemplo: mientras se redactan estas líneas, se anuncia en España una nueva amnistía fiscal para los capitales que, en condiciones de ilegal opacidad, salieron del país o, sin salir de él, se mantienen ocultos a la Hacienda Pública. La historia del derecho tributario argentino aporta ejemplos en el mismo sentido.

La realidad muestra que los plausibles programas del tipo “Traje a rayas para los evasores” —por acudir al eslogan argentino— resultan, en la práctica, traicionados por estrategias político-criminales que incorporan multitud de excepciones que terminan por constituirse en santuarios de impunidad. La lógica economicista, tributarista en este caso, se impone sobre la lógica penal, con la consiguiente minoración de la eficacia preventiva del sistema punitivo.

La acumulación, en los preceptos penales, de principios y criterios ajenos a lo penal, da lugar a conjuntos normativos de contenido heterogéneo que son reflejo de una política criminal si no errática —que es el calificativo que en ocasiones ha empleado el Tribunal Supremo español—, sí, al menos, caracterizada, como prefiere Riquert, por la “inestabilidad normativa”.

La obra que el lector tiene en sus manos analiza críticamente esta situación. El recorrido minucioso que el autor realiza por las continuadas reformas que el ordenamiento argentino registra en materia de sanción a las defraudaciones tributarias y previsionales permite entender el *statu quo* consagrado por la ley 26.735. No se trata de un precipitado casual, antes bien, es consecuencia de una compleja evolución sin cuyo conocimiento no se puede entender ni el alcance ni, sobre todo, el sentido de la reforma que dicha ley acomete.

En otro aspecto es de utilidad el trabajo del profesor Riquert: el ordenamiento argentino responde a un modelo centrífugo en el que buena parte de la materia de prohibición penal queda confiada a leyes sectoriales, de muy distinta data y orientación. El resultado es un enmarañado conglomerado jurídico que, si bien puede ser manifestación de una opción político-criminal no criticable, hace difícil el trabajo de comprensión y aplicación de cada norma. De ahí que sólo la lectura, que esta obra nos propone, del conjunto de preceptos que definen y sancionan los delitos tribu-

tarios y previsionales no como mónadas aisladas, sino a partir de principios, permita avanzar en la construcción de un sistema, al menos de un sistema interpretativo.

Esta obra no es, pues, un mero comentario, como podría sugerir su título, sino un auténtico estudio sistemático, que va de las grandes cuestiones a los preceptos concretos; de la dogmática, que, así concebida, nada tiene de criticable juego de abalorios, al problema que ocupa y preocupa a los aplicadores del derecho, a los que facilita, nada menos, un acercamiento científico a la ley 26.735.

Se ha aludido con anterioridad al eslogan “Traje a rayas para los evasores”. Como sus equivalentes genéricos—tolerancia cero, ley y orden, etcétera—enuncia un objetivo, no un programa político-criminal razonado. Se trata de formulaciones que, las más de las veces, provocan la miopía del legislador, que, atento al objetivo, suele dedicar menos atención a las técnicas más idóneas para alcanzarlo. Es más, los hechos—o, más correctamente, el derecho comparado—muestran que en el altar de los fines quedan sacrificados los medios. La huida al derecho penal viene comportando no sólo el olvido de técnicas de intervención menos aflictivas, sino también la preferencia por opciones penales expansivas: más figuras delictivas, nuevas y más contundentes penas, flexibilización de criterios de imputación, desconocimiento de las garantías que constituyen el santo y seña de los sistemas penales democráticos, o, finalmente, proliferación de tipos agravados (simulación dolosa de pagos, asociación ilícita tributaria, por ejemplo) que inciden en comportamientos ya criminalizados por preceptos más generales, mejor conocidos y más familiarmente aplicados por los tribunales, lo que es síntoma de una cierta petulancia del legislador penal que, ignorante de que el delito es un fenómeno con causas, pretende ponerle coto mediante el superficial expediente de retocar las—presuntamente taumatúrgicas—leyes penales.

Todo ello potenciado por la apelación del legislador nacional a las exigencias de los compromisos internacionales que, por razones fácilmente explicables—en un marco desigual, quien tiene el poder exporta control a quien no lo tiene—responden siempre a una óptica punitivista, pero que muchas veces no son congruentes con las líneas maestras de los ordenamientos de cada Estado.

Constata así el profesor Riquert la presencia, en la materia objeto de su estudio, de elementos que constituyen excepción al modelo y que son traducción de la contradictoria reivindicación de contundencia punitiva del sistema penal con la asignación al mismo de funciones puramente simbólicas.

Son, así, objeto de clarificador estudio las condiciones objetivas de punibilidad que, se quiera o no, suponen excepción al alcance limitador tradicionalmente asignado al tipo subjetivo; las modalidades de absolución por regularización, excusas absolutorias que traducen decisiones político-criminales contradictorias con los presupuestos generales de exigencia de responsabilidad criminal; el principio de oportuni-

dad, que deja la persecución penal en manos de una autoridad recaudadora que, por definición, decide con criterios de política tributaria; la labilidad de los límites entre sanción penal y sanción administrativa, con los consiguientes riesgos para el *non bis in idem*; y tantas otras cuestiones de inmediata proyección práctica—tanto que deciden entre condenar o absolver— sobre las que el lector encontrará en esta obra enjundiosa respuesta.

No se limita la obra, ya se ha dicho, a mero comentario. Por el contrario, el autor se adentra en los aspectos más polémicos o menos claros para proponer opciones interpretativas allí donde la letra de la ley no las facilita.

Es el caso de la reivindicación de la vigencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable o de la lectura propuesta a la, no exhaustivamente explicada por el legislador, agravante *d*) del art. 2º de la ley 24.769.

Notable es también la crítica a las tan frecuentes como indeseables penas desproporcionadas, máxime cuando se trata de penas de prisión no susceptibles, por su gravedad, de excarcelación. Así ocurre en delitos como la insolvencia fiscal fraudulenta con pena desproporcionadamente grave respecto a la insolvencia fraudulenta genérica, pero también respecto a los demás delitos tributarios, cuyo ámbito de aplicación queda limitado, además, por una condición objetiva de punibilidad, no presente en el art. 10. La misma crítica, y con los mismos argumentos, es aplicable a otros preceptos.

Se trata de opciones punitivas que responden a consideraciones político-criminales espurias y, en consecuencia, procede su reconducción, en sede interpretativa, a límites más estrictos que los que pudiera sugerir una lectura superficial de la norma.

No se trata, empero, de propuestas que traduzcan únicamente convicciones personales. Riquert argumenta haciendo acopio de doctrina argentina, que maneja exhaustivamente. Se acude también, con idéntica familiaridad, a las respuestas que la doctrina penal foránea, fundamentalmente la europea, ha venido ofreciendo a las mismas cuestiones que, globalización obliga, se ha planteado el legislador argentino. Pero el recurso al derecho comparado y a la doctrina que lo analiza no hace perder a Riquert la perspectiva: el estudio del derecho es estudio de la norma positiva, y ésta no siempre es idéntica en todos los países. La reflexión doctrinal, si es de altura, aporta elementos de indudable utilidad, pero sólo si se maneja con la conciencia de que las soluciones más idóneas en un ámbito normativo no son servil y mecánicamente trasplantables a otro distinto. Lo más importante—advierte el autor—es captar “lo que dice la norma nacional y éste es un dato que, con mayor habitualidad de la deseable, se extravía en muchas de las discusiones en que nos enfrascamos”.

A la riqueza de referencias doctrinales se añade el recurso al derecho aplicado, a la jurisprudencia, incluida la que proviene de tribunales supranacionales, que nos lo hace accesibles al lector las respuestas que se han venido dando, sino que le permite fundamentar las que se puedan dar en el futuro.

Una vez constatado que el lector se encuentra ante una obra jurídica científica (rigurosa en el método y sólida en sus propuestas), construida sobre una amplia base de aportaciones doctrinales y de decisiones jurisdiccionales, que se adentra, además de en los resquicios de lo penal, en lo tributario y en lo procesal, queda resaltar su oportunidad. Se publica apenas aprobada la ley 26.735, modificatoria de la ley 24.769, y las simultáneas leyes 26.733 y 26.734, que reforman el Código Penal. Es decir, se erige, por méritos propios, en un instrumento de trabajo imprescindible para los interesados en el nuevo marco de las infracciones tributarias y previsionales.

Procede, en consecuencia con lo anterior, felicitar al lector que ha tenido el acierto de acercarse a esta obra y, como no, al autor, acreedor de los plácemes que corresponden a una bien hecha.

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD DE CÁDIZ (ESPAÑA)
Cádiz, 19 de marzo de 2012, bicentenario de la Constitución de 1812