

Título: Temas especiales del Derecho Penal Aduanero

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en:

Cita: TR LALEY 0003/009120

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La tentativa de contrabando- III. El delito de encubrimiento de contrabando: a) El delito antecedente; b) La Ley de Lavado de Dinero y el encubrimiento: 1. El bien jurídico tutelado por la Ley de Lavado de Dinero.- IV. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito aduanero.- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Económico, por su contenido dinámico y variable, tiene características especiales, pero se mueve dentro del marco del Derecho Penal común.

A su vez, el Derecho Penal Aduanero, que participa de esas peculiaridades, también presenta una regulación propia para ciertos temas, tal es el caso de la tentativa de contrabando, su encubrimiento y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Si una conducta es constitutiva de tentativa de contrabando, porque la maniobra tendiente a burlar al servicio aduanero fue descubierta por éste, seguramente resultará sencillo calificarlo de ese modo, si la conducta delictiva es detectada en el momento mismo en que la función aduanera se ejerce sobre la mercadería. El caso puede resultar distinto a medida que la conducta es detectada a mayor distancia, no sólo física sino temporal, del lugar donde actúa dicho control, oportunidad en donde la distinción entre acto preparatorio impune y comienzo de ejecución adquiere vital relevancia. Además, la maniobra burladora no sólo puede ser imaginada frente al típico caso de ocultamiento doloso de mercadería; aprovechando el régimen de equipaje o pacotilla, cualquier modalidad de contrabando puede no llegar a consumarse y así quedar tentado y, no obstante, plantearse la misma problemática. El hallazgo de documentación adulterada o falsificada, mediante la que se pretende importar o exportar mercadería, relativa a los trámites aduaneros imprescindibles para ello, podrá ser pasible de subsunción en un supuesto de contrabando calificado, tentado, por la utilización de documentos falsos (1), siempre y cuando se descubra inmediatamente antes de la presentación de dicha documentación al servicio aduanero, en zona primaria y aun en zona secundaria. Y será más problemático si la misma documentación es hallada en el domicilio particular de un dependiente del despachante de aduana. Caso en el cual debería evaluarse, quizás, la conducta en orden a los tipos penales sobre falsedades documentales previstos en el Código Penal, en cuyo marco -si se trata de documentación privada y la falsedad sólo es ideológica- podría resultar atípica dicha conducta. No así en la hipótesis de acreditarse la tentativa de contrabando, ya que las limitaciones propias de las falsedades documentales del Código Penal no serían trasladables simétricamente a este caso de contrabando calificado, toda vez que de admitirlo perdería sustento la autonomía del inc. f en cuestión, frente al caso del inc. d del mismo art. 865, que prevé la comisión de otro delito como supuesto calificante o agravante (2). Similares reflexiones pueden hacerse en orden a la simulación de operaciones de importación o exportación, en cuyo caso el momento en que la maniobra es descubierta, ya sea que se trate de una conducta tendiente a obtener un tratamiento aduanero o fiscal distinto o, en otra hipótesis, más beneficioso, será determinante para marcar el límite entre lo atípico y lo pasible de ser penado.

En los supuestos de encubrimiento de contrabando, las elaboraciones efectuadas en torno del delito previsto en el Código Penal resultarán útiles también en esta materia, ya que la idea del delito antecedente tiene vigencia interpretativa en los dos ordenamientos, como así también la autonomía funcional del delito. En este campo un concepto de dolo, como formador del tipo subjetivo, que tenga en cuenta el conocimiento actual de la conducta, como la ejecución presente de la voluntad de realización, en términos de una teoría subjetiva del ilícito, podría resultar contraria a la jurisprudencia citada, en orden a considerar como encubrimiento de contrabando a una conducta, por el solo hecho de tener mercadería que, según las circunstancias, la persona debía sospechar procedente de un contrabando previo. Esta sospecha o presunción de contrabando previo no resultaría suficiente, aun en la hipótesis de dolo eventual, frente a la creencia del sujeto de estar haciendo solamente un buen negocio, ya que faltaría la conciencia actual de obrar en contra de la norma reflejada en el tipo objetivo.

Asimismo, la irrupción de la ley que reprime la legitimación de activos proveniente de hechos delictivos, resulta una materia que debe ser relacionada con el ámbito aduanero, ya que, en general, el flujo dinerario desde y hacia el país constituye una de las maniobras a investigarse en este terreno, ante la sospecha de su cantidad o sorpresivo e inesperado movimiento. No se debería dejar de tener presente que justamente ese ingreso o egreso de divisas, tratándose de mercadería y de importación o exportación, no puede efectuarse al margen del control aduanero, independientemente del tema cambiario en sí, cuya distinción con el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando resultó claramente establecida en el conocido precedente "Legumbres" de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (3).

En rigor, podría señalarse que tanto el delito de contrabando como la legitimación de activos de origen delictivo, tienen en común que las consecuencias de ambos impactan en el cuerpo socioeconómico de la sociedad, lo que los convierte en una suerte de primos hermanos, unidos por los mismos principios y por la necesidad de hacer más eficiente su erradicación. En este contexto, su análisis común y comparativo no resulta facultativo, es obligatorio.

Finalmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta ser un tema que tiene particular relevancia en el quehacer aduanero, en la medida en que se advierte que las relaciones jurídicas que se formalizan entre distintos sujetos se asientan, en su mayoría y generalidad, entre personas ideales, en cuanto a los dos extremos del comercio internacional de mercaderías, estos es, entre comprador y vendedor. Sin perjuicio de que en el medio se incorporen otros sujetos, que, pudiendo ser individuos, puedan también ser personas jurídicas, como despachantes de aduana, transportistas, estibadores, etc.

Por ello no resultó casual la penalización que el Código Aduanero estableció para estos entes. En la medida de la captación de una realidad determinada, en la medida en que el legislador observó que la persona jurídica no era un instituto ajeno a la actividad aduanera y que podía participar con una importante incidencia en este ámbito, pues decidió incluirla dentro de aquellos sujetos cuyos efectos sancionatorios podían alcanzarlos. La cuestión es, como se comprenderá, si sólo se está presente ante la mera atribución de consecuencias penales hacia un ente, utilizando para ello instrumentos creados e ideados a partir de una imagen del hombre determinada, o si, por el contrario, la dogmática penal puede recrear herramientas de análisis para poder asimilar esta realidad en el marco de una teoría, que en su génesis tuvo al hombre por centro y objetivo, entendiendo objetivo como aquello susceptible de ser protegido y cuidado.

El tratamiento de esta problemática no puede quedar al margen cuando se aborda el análisis del delito de contrabando, so riesgo de dejar fuera, justamente, a un sujeto de derechos que el propio legislador incluyó en los tipos penales e interpretó como parte integrante del mensaje normativo.

Finalmente, y a fin de incorporar más elementos de análisis, en orden a la problemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, será comentado un precedente que será útil para desarrollar un poco más este tema, que por su reciente tratamiento, resultará demostrativo de la vigencia de esta cuestión.

La sala B de dicho tribunal se expidió en el caso "Sevel-Peugeot/Citroën", n. 44102, orden 14445, de fecha 6/7/2000. Se trató de la excepción por falta de acción incoada por la defensa de la firma, en cuanto se sostenía la imposibilidad legal de someter a proceso a una persona jurídica. El argumento de la defensa, puesto a consideración del tribunal, había sido rechazado en la primera instancia, lo que motivó la consiguiente apelación. En esa oportunidad procesal, se motivó la instancia en orden al argumento de que nuestro sistema legal no cuenta en forma efectiva con la posibilidad de imputar un delito a una persona jurídica, y tomó como punto de partida la circunstancia de que nuestro ordenamiento constitucional, complementado por los tratados de derechos humanos, se refiere a la persona humana como núcleo central de protección, y no a la persona jurídica, por lo que las manifestaciones que se viertan por la imputabilidad de estas "personas", resultan manifestaciones de lege ferenda, aptas para movilizar un cambio legislativo que por el momento no se ha dado, y, por lo tanto, la acción penal contra una persona de existencia ideal resulta improcedente.

Los argumentos del tribunal para rechazar la excepción de falta de acción tuvieron por base la normativa aduanera (4), en puridad, aquella que expresamente tipificó la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser sancionada por un delito, respondiendo con ello el argumento según el cual nuestro sistema legal no tendría prevista la imputación delictiva hacia las personas jurídicas. Asimismo citó la modificación del art. 43 CCiv., en virtud de la cual actualmente sí se pueden ejercer acciones criminales contra tales sujetos de derecho, y anteriormente no.

En segundo lugar descartó el argumento de la defensa atinente a que los pactos internacionales, de jerarquía constitucional, no se refieren a la persona jurídica, indicando que ello no implicó la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa en juicio, como lo demostró la propia petición que efectuó la defensa ante el tribunal.

Descartó también el hecho de que las consecuencias de una eventual pena a imponer a la sociedad puedan afectar a personas inocentes, ajenas al hecho, con el argumento de que ello también acontecía en los delitos ejecutados por personas físicas, respecto, por ejemplo, de los familiares de la persona imputada, que se verían privados de bienestar por la privación de libertad a la que se sometería al autor de un delito.

Finalmente, no consideró el argumento del incidentista respecto del cambio de conformación en la integración de la sociedad imputada (5), toda vez que ello resulta de la propia naturaleza de la persona jurídica y, si con ello se pretendiera evitar la imputación penal, sería muy sencillo eludir dicha imputación con un mero

cambio de personas físicas en su integración, por lo que los mentados cambios no podrían enervar la pretensión punitiva al ente ideal.

Como puede advertirse, fueron tratados gran parte de los cuestionamientos sobre el tema.

Del fallo en comentario pueden desprenderse algunas afirmaciones dogmáticas y otras que importaron un bloque argumental que admitirían afirmaciones en contrario.

En efecto, resulta innegable que la normativa aduanera previó en forma expresa la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica (6), extremo que seguramente la defensa no desconocía, empero es dable interpretar que lo que allí se estaba cuestionando era la ausencia de criterios de imputación respecto de dichas disposiciones, contenidas en un cuerpo normativo que remite a la parte general de un Código Penal estructurado sobre criterios de imputación referidos a las personas físicas. Es decir, que si lo cuestionado era la ausencia de un dispositivo legal que sustentase la imputación a modo del "actuar en lugar de otro", como ocurre en las legislaciones referidas a estupefacientes, riesgos del trabajo, AFJP., residuos peligrosos o penal tributaria, pareciera que ello no se suple con las citas legales que solamente indican consecuencias sancionadoras para una persona jurídica, que nada dicen en cuanto a la manera de imputar previamente al acto de sancionar.

Por tanto, la falta de especificación al respecto convierte en una afirmación meramente dogmática la respuesta del tribunal al planteo. Ello, siempre y cuando no se hubiese tratado solamente de un cuestionamiento defensivo en orden a que el ordenamiento aduanero, lisa y llanamente, no contiene disposiciones que se refieran a la mentada responsabilidad penal, porque entonces sí la respuesta del tribunal habría resultado correcta, al indicar cuáles eran aquellas normas que prevenían esa posibilidad. Sin embargo, la ingenuidad del planteo apura su desistimiento, cabiendo en consecuencia la censura del fallo en cuestión, ya que se perdió una buena oportunidad de abordar la problemática de la imputación, es decir, de analizar, en el marco de una excepción por falta de acción, por qué resultaba posible imputar un delito aduanero a una persona jurídica, sin echar mano al tentador pero vacío argumento de sostenerlo sólo porque la ley lo dice así, utilizando, en cambio, herramientas dogmáticas. En este precedente no se dio respuesta a cómo se podía hacer eso.

Por otro lado, y en cuanto al argumento utilizado por el tribunal, en respuesta al obvio ensayo atinente a que los tratados internacionales de derechos humanos no se refieren a personas jurídicas, por lo que éstas estarían desprotegidas, tampoco se planteó adecuadamente la cuestión. De otro modo, el tribunal sostuvo que no era cierto que la persona jurídica no tuviese derechos o no pudiese ser defendida en juicio, por cuanto prueba de que ello no ocurrió, fue la propia petición de la defensa, es decir: como puede peticionar, es que puede defenderse, y, en consecuencia, no estaría excluida de las garantías constitucionales. Se observa allí una argumentación sólo aparente. En efecto, la mera circunstancia de que la persona jurídica pudiera peticionar o defenderse no resulta un fundamento que dé respuesta al hecho de que no figura como destinataria de los derechos humanos. En primer lugar, por lógicas razones de legitimación que, no obstante, no permiten desechar las mínimas garantías que todo sujeto de derecho tiene, amén de que siempre la persona jurídica es representada por quien sí resulta destinatario directo del bloque de garantías emergentes de los tratados en cuestión. Y en segundo lugar, porque con ello se impone interpretar que entonces, si no hubiera peticionado o defendido, habría estado en mejor posición. Del hecho de que alguien no pueda peticionar o defenderse no puede colegirse, recién ahí, que no tiene ninguna garantía, ya que justamente la petición y el ejercicio del derecho de defensa, por sí solos, no aseguran su efectiva vigencia. En este aspecto, no abundó el tribunal respecto de cuáles serían las garantías constitucionales compatibles con un imputado que fuese una persona ideal (7).

Finalmente, y respecto de que el principio de personalidad de la pena no resultó vulnerado, puesto que los efectos de la pena siempre se expanden a personas "inocentes", conforme ocurre con la pena privativa de libertad en relación con los familiares del condenado, no parece categórico descartarlo de plano, comparando la situación con la que acontece en ocasión de la pena que sufren las personas físicas.

El principio de personalidad de la pena, tal como fuera definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (8), importa la imposibilidad de imponer una pena a quien el hecho delictivo no le pueda ser atribuido, tanto objetiva como subjetivamente, en directa alusión al autor o partícipe de un delito. En ese contexto se asume que ello debe ocurrir más allá de los efectos a terceros, que en mayor o menor medida se van a ver afectados por la pena (familiares, amigos, etc.). La particularidad de la pena que puede imponerse a una persona jurídica no resulta de que ella va a afectar a terceros, sino justamente, a quienes forman parte de la misma, aquellos que también se benefician directamente con las ganancias (lícitas o ilícitas) que produce la corporación.

Si pudiera hacerse una comparación estricta entre la pena privativa de libertad que puede padecer una persona, y la que se puede imponer a una persona jurídica, y comparar los efectos expansivos e inevitables hacia terceros, debería admitirse, para igualar ambas situaciones, los efectos que la pena privativa de libertad produce sobre el brazo o la pierna de la persona que se encierra, extremo que permite visualizar lo infructuoso de

comparar dos situaciones que resultan ser ontológicamente distintas. Es que el principio de personalidad de la pena construido sobre la hipótesis de una persona física debería ser reelaborado para dar respuesta a las sanciones a imponer a una persona jurídica, no resultando útil a tal fin afirmar que éste se respeta, acudiendo para ello a un argumento que gira en torno de los efectos a terceros, ya que, como se vio, no se trata de terceros sino de la propia persona. Una prueba más de que la dogmática penal debe elaborar un sistema imputativo y sancionador para los entes ideales, con parámetros distintos de los utilizados para las personas físicas, fundamentalmente, de modo tal que permita conocer de antemano los riesgos de formar parte de una persona jurídica.

II. LA TENTATIVA DE CONTRABANDO

Abordar el tema atinente a la tentativa de cualquier delito parece una cuestión que ya presupone tener resueltos algunos tópicos importantes de la teoría del delito.

En efecto, si el ilícito es algo que desvalora sólo el resultado, desentendiéndose de la valoración de la acción, a la manera del sistema clásico seguido por Liszt-Beling-Mezger, donde el resultado marcaba la culminación del iter criminis y allí se expresaba la infracción a la norma por parte del sujeto autor, con independencia de las distintas situaciones causales que pudieran confluir en ese resultado; o si, como se sostendría luego, merced a la irrupción de la teoría de la acción final de Welzel, donde ésta pasa a ser una categoría lógico objetiva y el ilícito se analizó a partir del disvalor del acto, en donde el dolo y la culpa son dos categorías que se trasladan desde la culpabilidad al tipo penal, no obstante que no se desmereció del todo el resultado; o si, finalmente, el ilícito sólo es aquel que contempla el disvalor de la acción como punto central y de partida para construir una teoría donde el resultado nada le agrega al delito cometido y donde la diferencia entre delito tentado o consumado se traslada a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, a la manera de Kaufmann; Horn o Zielinski (9); son cuestiones que deberían darse por asumidas y resueltas antes de ingresar al análisis de la tentativa propiamente dicha.

Lo expuesto no pretende enarbolarse como una suerte de introducción al tratamiento y desarrollo exhaustivo de esas distintas teorías; sólo se menciona a fin de advertir lo importante de contar con un punto de partida en donde la problemática de la tentativa, fundamentalmente la distinción entre acto preparatorio impune y principio de ejecución, tenga un marco teórico que justifique sus conclusiones, y, además, para aceptar la posibilidad de que se estén emitiendo opiniones al respecto sin haber, previo a ello, tomado partido u opinado respecto de la teoría del delito desde la que se pretende dar esa opinión.

Adscribir a una teoría que sólo gire en torno del resultado parece hoy una posición superada, en cambio, aceptar una teoría del ilícito que contemple el disvalor de acción se acerca más, quizás, al actual estado de las cosas, donde el resultado no desaparece totalmente de la valoración y resulta aceptado como momento final en el que el bien jurídico tutelado fue afectado. Desde una perspectiva, quizás no lo suficientemente analizada, que mire al resultado, en cambio, como algo que ya no puede manejar el autor de un ilícito, como una instancia donde la causalidad tenida en cuenta por el autor se suelta de la posibilidad de que éste la maneje, y donde, finalmente, el albur pasa a ser una variable que afectará decididamente la suerte del autor, en términos de la individualización de la pena por el hecho ya entonces consumado, se manifiesta como la tesis que pone en crisis los postulados de la anterior.

La tentativa de contrabando fue construida conceptualmente en idénticos términos a los utilizados por el Código Penal. La nota que evidentemente diferencia ambos ordenamientos, la constituye el hecho de que la primera tiene prevista la misma pena que el delito consumado. Si se observa la Exposición de Motivos de la ley 22415, se verá que al respecto se sostuvo:

"Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (ver, por ejemplo, Código de Aduanas de Francia, art. 409), en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del Derecho Penal común que contemple el Código Penal" (10).

Es decir que hay buenas razones para interpretar que el legislador tuvo en mira al resultado como momento consumativo, propiamente dicho, del delito de contrabando y que no partió de un concepto de dolo que sólo mire al tipo objetivo como marco referencial de una conducta tendiente a afectar a un bien jurídico tutelado, determinado en términos de elevación del riesgo permitido (11); antes bien, parece adscribir a un concepto de dolo donde el resultado forme parte del aspecto volitivo de la conducta, y su frustración, cualquiera sea la causa, y fuera del supuesto de desistimiento, deje el hecho tentado. En otras palabras, consumación y resultado resultan, en este contexto, conceptos sinónimos.

Sentado ello, la equiparación punitiva en cuestión no se manifiesta como el producto de una elaboración

teórica del ilícito que parta del disvalor de acción de una conducta, supuesto en el cual podría arribarse a la misma consecuencia punitiva, pero ya desde el marco de la tentativa acabada, en donde se mire a las actuales penas por delitos consumados como extremos punitivos. Al respecto, y en este sentido, el siguiente párrafo de Marcelo Sancinetti clarifica lo que se pretende decir:

"Cuando se piensa, entonces, que la equiparación entre tentativa (acabada) y consumación llevaría a agravar la situación de aquel que no causa una efectiva lesión, y que este efecto sería socialmente negativo, se parte del presupuesto, no fundamentado, de que la equiparación tendría que determinar un aumento de la escala penal de la tentativa, y no una reducción de la escala de la consumación. Sin embargo, la racionalización de que entre tentativa y consumación no puede existir ninguna diferencia imputativa, tendría que hacer reflexionar también en la posibilidad de que toda la diferencia actual de los marcos penales -obligatoria en el Derecho Penal argentino y español- pueda constituir un exceso de punibilidad a ser corregido. La decisión político-criminal acerca de cuánto vale el hecho tentado no puede quedar prejuzgada, entonces, por la demostración de que su contenido de ilícito sea idéntico al de un hecho consumado. Si la coincidencia de las escalas penales debe ser buscada, pues -en vistas de una futura reforma-, en la altura del marco actualmente previsto para cada delito consumado, o en el menor de la tentativa, o en algún punto intermedio, no puede resolverlo una teoría del ilícito.

A ésta sólo le cabe sugerir que las escalas deben ser idénticas" (12).

Con lo que se advierte la inversión de la cuestión: no se trataría de que la tentativa tenga la misma pena que la del hecho consumado, sino que éste debe ser castigado de la misma manera que la tentativa acabada. La afectación, quizás, al principio de culpabilidad estaría dada por la mayor pena del delito consumado, y no por la mayor o más grave pena por el delito tentado.

Por otro lado y desde una visión finalista, a efectos de distinguir entre acto preparatorio y comienzo de ejecución, se plasmó en nuestro medio la postura que distingue entre el acto productor de la finalidad del sujeto, en el contexto de su plan, y aquellos actos que sólo son facilitadores de aquel acto, que por ello solamente serían preparatorios (13). Asimismo, en doctrina fueron expuestas las distintas posiciones al respecto, manifestándose las críticas de ellas (14). De todo lo cual, cabe la posibilidad de sostener que el plan del autor en el caso concreto y la inmediatez del último acto por él ejecutado, con el resultado típico, constituyen extremos en general aceptados para diferenciar los ámbitos de lo impune y lo punible, con lo que es fácil advertir que el resultado sigue estando presente en la elaboración dogmática (15).

La judicatura tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión atinente a la equiparación de penas antes comentada. La respuesta que desde este ámbito jurisdiccional se ha dado, no dista de la explicación dada por el legislador en su Exposición de Motivos, con lo que el tema se convirtió en una cuestión de política criminal no valorable por los jueces (16). Sin perjuicio de que la lectura del caso "Senseve", citado al pie, pueda dejar la sensación de que la Corte no cerró definitivamente la puerta al respecto, en la medida en que releva el dato de la falta de argumentación por parte del recurrente en cuanto a la irrazonabilidad alegada por la equiparación de penas, sin que su hubieren dado argumentos al respecto. Con lo que de allí puede colegirse que el aporte de argumentos en tal sentido podría haber sido valorado por el tribunal (17). Es decir, para qué si no, cuestionar la falta de argumentos en tal sentido, si se trata de una cuestión sobre la que, de todas maneras, no se emitirá opinión. Finalmente, se advierte que la Corte, en este precedente, finaliza su análisis con un argumento que -de todas maneras- no aborda la problemática del ilícito, sino más bien la practicidad del tema, ya que adujo que la pena en concreto, en ese caso, de todas formas no difería de la que podría haberle correspondido al autor con base en el art. 44 CPen. (18).

También, y sobre esta cuestión, más recientemente, se expidió la sala B de la C. Nac. Penal Económico, en autos "Suit, Élida H.", donde se utilizó el remanido argumento, en el sentido que se trata de cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia, ajenas a la valoración jurisdiccional (19).

En rigor, las cuestiones denominadas de mérito, oportunidad y conveniencia, en el análisis de un tipo penal o de una ley, siempre constituyeron un área que desde antiguo la propia Corte Suprema vedó del terreno jurisdiccional. Es decir, de aceptarse que el principio de razonabilidad puede subdividirse a su vez en los subprincipios de adecuación, necesidad y razonabilidad en sentido estricto o proporcionalidad, estaría vedado a los tribunales el análisis del subprincipio atinente a la necesidad de la medida que se estuviere analizando (conf. Cianciardo, Juan, "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales", en cuadernillos de la materia "La filosofía jurídica en perspectiva dinámica"). Y esto podría ser cuestionado ya que, si se trata del análisis de un texto legal, a la luz del principio de razonabilidad (necesidad), en donde se debe buscar si la decisión del legislador fue la menos lesiva, entre otras, daría la sensación de que este criterio restrictivo podría no ser mantenido, máxime con la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos, que ya con

rango constitucional mandatan a optar siempre por la opción menos lesiva. No ingresar a dicha valoración, por otra parte, también implica emitir una opinión sin la labor de fundarla.

III. EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO DE CONTRABANDO

El encubrimiento, tanto en el Código Aduanero como en el Código Penal, constituye un delito autónomo; esto significa que su autor no debió haber participado en el delito que se encubre, ni actuar con posterioridad a él obedeciendo a una promesa previa.

La modificación operada en el Código Penal por la ley 25246 dejó algunas diferencias entre ambos ordenamientos. La primera que se advierte tiene que ver con la modalidad de encubrimiento por omisión de denunciar el hecho. Ahora el Código Penal pone únicamente esa obligación (sin perjuicio de que el ordenamiento procesal aún contempla la fórmula amplia) en cabeza de quien tiene por función la promoción de la acción penal, que en el ámbito nacional o federal sólo se encuentra en manos del Ministerio Público Fiscal, pudiendo también iniciarse el proceso por la llamada prevención policial. En el ámbito aduanero esta restricción no existe, por lo que cualquier funcionario público perteneciente a dicho ámbito puede quedar comprendido en el mandato comisivo de la norma.

También sufrió una alteración la redacción del art. 277 inc. 3, de similar redacción a la del art. 874 inc. d, ya que se redujo el tipo penal en cuanto a la posibilidad de que los meros partícipes sean tratados como verdaderos autores, toda vez que se dejó la fórmula de aquel que "intervenga en la adquisición", que sigue vigente en su par aduanero (20).

Por otra parte, este tipo penal (art. 874 inc. d) (21) resultó sistemáticamente interpretado por la jurisprudencia, consagrando una verdadera presunción iuris tantum que el propio autor debía destruir; en la medida en que la sola circunstancia de que el sujeto tenga en su poder mercadería o productos sospechosos, fuera de la hipótesis infraccional sobre tenencia injustificada de mercadería con fines de comercialización (22), importaba su imputación bajo este tipo penal (23).

El delito de encubrimiento, tanto el de contrabando como el de cualquier otro delito, tiene en el delito antecedente una cuestión o problemática que merece ser, cuanto menos, esbozada.

a) El delito antecedente (24):

La cuestión atinente al delito antecedente se manifiesta en el marco del delito de encubrimiento. Es decir, la autonomía del delito de encubrimiento tiene su razón de ser justamente porque el autor no participa del delito anterior, y con ello surge la problemática de establecer, por lo menos, tres ámbitos en los que se puede diferenciar la presencia del delito anterior, en el juicio de tipicidad del delito de encubrimiento: a) límites consumativos del delito anterior es decir, hasta dónde se debió haber llegado en el delito que se encubre en el marco de la teoría del delito; b) lugar de comisión del delito precedente, lo que plantea cuestiones de territorialidad en la aplicación del Derecho Penal, y c) vinculación del delito en orden a la materia del delito antecedente.

El desarrollo pormenorizado de cada uno de los tópicos señalados excede el objetivo del trabajo; no obstante, y sólo para delimitar la idea, corresponde decir que, respecto del individualizado con la letra a), la mayoría de la doctrina es conteste en admitir que el delito antecedente debe consistir en un injusto penal o mejor, para evitar cuestionamientos iusnaturalistas por la utilización de este término, un ilícito penal en la medida en que tanto la tipicidad como la antijuridicidad deben haberse manifestado, a fin de evitar imputaciones de encubrimiento respecto de acciones típicas justificadas. Asimismo, ello será así con independencia de la suerte del autor del delito anterior, esto es, con independencia de que no resulte culpable por alguna de las causas conocidas, como ser error de prohibición, incapacidad de culpabilidad o alguna causa de inexigibilidad (25).

Por otra parte, también es en general conteste la doctrina en no requerir que el delito anterior haya sido juzgado previamente, en virtud de un sentencia firme que así lo establezca (26). Sí se trata de poder establecer la existencia material del delito antecedente (27).

En cuanto al tema del lugar de comisión del delito precedente -y más allá de que pueda admitirse, por razones de autonomía, la persecución del encubrimiento en el país, si el delito anterior fue cometido en el extranjero-, se advierte que la modificación del art. 279 CPen., siguiendo el modelo de España y Alemania, limita la escala penal de acuerdo con la pena del delito anterior, que si resultó cometido en otro país, se deberá confirmar que allí el hecho también se encuentra amenazado con pena, y que ésta sea menor. Se interpretó que limitar el quantum de la pena a la del delito previo implicaba un límite justo (28), con lo que se reafirma la idea del encubrimiento. Por lo demás, y como ya se dijera, también se reafirma ello con el alcance de la ley argentina a título de encubrimiento de delitos cometidos fuera del territorio nacional, donde los principios de

territorialidad y real o de defensa no serían de aplicación.

b) La Ley de Lavado de Dinero y el encubrimiento

En este punto se pretende hacer referencia, brevemente, a la ley 25246, que modificó la estructura del delito de encubrimiento del Código Penal y su eventual vinculación con el encubrimiento de contrabando, previo a lo cual se harán algunas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado por dicha ley, concepto éste que resultará de utilidad para el análisis.

1.- El bien jurídico tutelado por la Ley de Lavado de Dinero

El llamado delito de lavado de dinero -o más precisamente, la legitimación de activos que provienen de hechos ilícitos- encierra el interés del legislador por combatir a las organizaciones delictivas transnacionales que, aprovechándose del avance de la tecnología aplicada al mundo de la economía y las finanzas, pretenden introducir en los mercados económicos el producto o el provecho (ganancias) de los delitos cometidos. De alguna manera, la conducta lavadora viene a implicar el agotamiento del delito precedente, lo que da sentido a la faena delictiva previa, con lo cual el bien jurídico protegido, concepto fundamental de la dogmática penal en tanto resulta el límite que tiene el legislador para crear tipos delictivos (29), aparece difícil de circunscribir a uno solo.

El legislador argentino optó por incorporar el delito en tratamiento al capítulo XII del Código Penal (Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo), con lo que, y de lege lata, el delito constituye un encubrimiento, y como tal, en ese contexto, el bien jurídico tutelado es la administración pública, más precisamente la administración de justicia (30). Sin embargo, autores como D'Albora sostienen que, tratándose de delitos de segunda generación, no se trata de individualizar un bien jurídico concreto y específico, ya que las conductas de maquillaje de ganancias originarias en delitos afectan a toda la comunidad, poniendo en riesgo, en última instancia, a la subsistencia del Estado moderno, con lo que el marco "Administración Pública" resultaría demasiado escueto, siendo más preciso hablar del "orden socioeconómico" como valor a preservar (31).

Asimismo se expresa Diez Ripolles, advirtiéndose al respecto que el art. 301 del actual Código Penal español se encuentra dentro del título XIII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en el que no obstante se ató el tipo objetivo al modelo de receptación (conductas afines, se puso al inicio del capítulo), problemática ésta puesta de manifiesto por Bacigalupo al cuestionar los límites de la receptación para combatir eficazmente las conductas lavadoras (32). También se sostiene que el bien jurídico protegido es el del delito antecedente (33). Lo que es indicativo no sólo de las distintas opiniones en cuestión, sino también de una toma de posición respecto de los fines (interpretación teleológica) que el legislador se propuso, para combatir eficazmente este tipo de conductas. Y, en este sentido, la respuesta al interrogante estará delimitada por la propia elección que el legislador efectuó: Administración Pública-Administración de Justicia; otra cosa será establecer si ello implicó una valoración acertada del tema.

La referencia a la administración de justicia, en el marco de un título que no la menciona, significa la necesidad de distinguir en cada tipo penal allí previsto el bien jurídico directamente afectado por la disposición, en aras de efectivizar la vigencia del principio de legalidad, frente a un concepto como el de administración pública, que incluye las actividades de los tres poderes que forman el gobierno del Estado, las relaciones de éstos entre sí y frente a los ciudadanos y la actividad de los sujetos que los conforman, juntamente con la de los particulares que puedan afectarlo. Se trata de establecer la significación del mensaje normativo, en relación concreta con la conducta descrita en el tipo objetivo de que se trate.

En el caso del delito de encubrimiento, de lo que se trata es de castigar, autónomamente, conductas que afectan la reconstrucción histórica que el órgano jurisdiccional debe efectuar, en la investigación de conductas delictivas. De alguna manera, el delito de encubrimiento viene a perturbar la búsqueda de la verdad de lo ocurrido. Es por ello que el bien jurídico tutelado resulta ser la administración de justicia.

Ahora bien, ya desde Carrara se viene advirtiendo sobre la problemática del delito de encubrimiento frente a conductas habituales, puesto que ello podría estar excediendo los límites de la administración pública (34). Y esto implica poner sobre el tapete el riesgo que se corre al pretender incorporar como conductas encubridoras a aquellas cuyo objetivo trasciende el marco de protección que la administración de justicia abarca. De otro modo, si lo que se quería era erradicar las maniobras tendientes a la incorporación de flujos dinerarios de procedencia ilícita, en un mercado determinado, porque ello puede -y de hecho lo hace- conmocionar la política económica del Estado, parecería que lo más eficaz habría sido castigar dichas conductas en pos -justamente- de ese "orden económico" anhelado. Si lo que se pretendía era evitar la adquisición de bienes por medio de ese dinero "sucio", cuya incorporación al patrimonio no podría aparecer como legítimamente justificada, con independencia del bien jurídico afectado por el delito del que se deriva dicho dinero, aparece como fuera de foco reprimir esas conductas como encubrimiento, con la problemática mediante, de la necesidad de acreditación material del

delito antecedente, con lo cual el intérprete u operador del sistema deberá transitar primero esa cuestión (delito precedente), para luego recién poder afirmar una imputación por "lavado" (35). Por otra parte, y en los supuestos de encubrimiento agravado -cantidad del dinero a lavar, habitualidad, pertenencia del autor a una banda para lavar-, se manifiesta la posibilidad concreta de afectación directa a bienes jurídicos como la seguridad común o la tranquilidad pública, más que la administración de justicia (36).

En consecuencia, habría sido más efectivo dejar el capítulo de encubrimiento, en lo que a este tópico respecta, sin tocar, y, si no se quería incorporar la ley de lavado al Código Penal dentro de algún título específico, sancionarla como ley especial, dejando la posibilidad de que el intérprete advierta el bien jurídico en el marco del "orden socioeconómico", que aparece como la finalidad de la ley que penaliza las conductas "lavadoras". Esta forma de legislar, pese a que puede no resultar como la funcionalmente más adecuada, por lo menos evita tener que encajar leyes dentro de la sistemática de un Código, que ya tiene arraigado sus bienes jurídicos específicos. Así se hizo con la ley 22415 o con la ley 24769, en cuyos marcos el bien jurídico tutelado no quedó limitado por los ya existentes en el Código Penal.

Lo expuesto, no obstante, no modifica la autonomía que el delito de encubrimiento de contrabando ostenta, tanto en su configuración típica como en el bien jurídico tutelado. Mas aún, considerando que la ley 25246 adopta un criterio amplio respecto del delito antecedente (37), puede afirmarse que el delito de contrabando puede constituir una hipótesis de delito precedente de dicho delito, donde la afectación a los distintos bienes jurídicos protegidos y sus momentos consumativos serán indicativos de dos delitos distintos, sobre todo tratándose del ingreso de dinero al territorio aduanero, cuestión que podrá ser infraccional o delictiva y que no impide la intervención de la UIF. en el contexto de poder estar frente a una operación sospechosa (38).

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO ADUANERO

Podría comenzarse el tratamiento de la cuestión sugerida bajo el presente título, formulando la siguiente pregunta (39): ¿Admite el Código Aduanero la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Evidentemente, responder negativamente la pregunta, argumentando sobre las deficiencias que desde la teoría del delito se han levantado contra el instituto, no sería coherente, a poco que se observe el ordenamiento legal sobre el que se la formula (40).

En efecto, tanto las previsiones del inc. g, como el inc. i del art. 876 CA., como la contundencia de los términos del art. 888 : "Cuando resulte condenada la persona jurídica" y la gravedad de la sanción prevista (retiro de la personería), obligan al intérprete a sostener que aquí se está ante algo más que solamente la manifestación legislativa de consecuencias jurídicas, para la persona de existencia ideal (41). Y ello tuvo receptación jurisdiccional en dos precedentes de la C. Nac. Penal Económico, uno de la sala B, autos "Comaltex Comercial Algodonera y otro s/contrabando", causa 35337, de fecha 5/3/1996, y, el otro, de la sala A, autos "Leiva, Roberto y otro s/incidente de apelación", de fecha 19/12/1997, en donde no se tuvo reparo en admitir la responsabilidad penal de la persona jurídica (42).

Asimismo, y con anterioridad a los fallos citados, la sala 1ª de la misma Cámara se expidió en los autos "Loussian, Eduardo y otra", en fecha 6/10/1987, en un precedente en que, a juzgar por su resultado -suspensión del trámite del proceso seguido contra una persona jurídica, por rebeldía de su representante-, podría dudarse en responder categóricamente en forma afirmativa el interrogante inicial (43).

Sin perjuicio, en consecuencia, de que la respuesta al interrogante inicial sea afirmativa, es decir, a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el ámbito aduanero, a tenor del texto literal de la normativa citada y de su receptación jurisprudencial, ello sin embargo no parece responder satisfactoriamente los cuestionamientos que desde la dogmática se han efectuado al principio *societas delinquere potest*. Dicho con otras palabras, podría reformularse la pregunta inicial de la siguiente manera: pese a la normativa aduanera y los fallos que en su consecuencia se han dictado, ¿existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Y aquí se abre la posibilidad de analizar si la cuestión va más allá de una previsión legislativa, es decir, si basta con que el legislador diga que se va a castigar penalmente a la persona jurídica, para que ello -como por arte de magia- sea así, desoyendo la disputa doctrinaria que desde hace más de cuatro décadas se viene desatando en torno del tema. Porque parecería ser que en realidad la disyuntiva, a esta altura del debate, no es si se castiga o no a la persona jurídica; cabría la posibilidad de que se discuta bien poco, en pos de la necesidad y merecimiento de sanción, en el contexto del aumento de los riesgos de la sociedad actual y frente al reconocimiento de que la persona ideal, la organización de personas (lícita), constituye el principal actor de los mercados económicos.

Un enfoque distinto, quizás, para abordar esta problemática sea partir de los siguientes interrogantes: a) ¿Es el Derecho Penal el instrumento apto o idóneo para ello?; b) Si no lo es, ¿cuál sería la alternativa?; c) Si, caso

contrario, el Derecho Penal es el instrumento apto, ¿resulta la teoría del delito un escollo para ello?; d) Si la teoría del delito no resulta un obstáculo, ¿qué debería reformularse?, o ¿cuáles serían los puntos de partida para resolver el problema?

Estos interrogantes, arbitrariamente formulados, apuntarían, en principio, al centro de la problemática, cuya elucidación no se pretende ahora abarcar; sólo se pretende su exposición como marco referencial en el que esta temática se desarrolla.

Los tópicos atinentes a las preguntas a) y b) giran en torno al lugar que efectivamente se dé a la tesis político-criminal de ultima ratio del Derecho Penal y subsidiariedad de la sanción penal, ámbito donde se tensan las necesidades político-criminales con los postulados del Derecho Penal liberal y cuya armonía, desde la década del setenta, por obra de Roxin, debería ser hoy una barrera infranqueable (44). En este sentido se levantan propuestas que reclaman, para el ámbito administrativo o civil, la imposición de consecuencias económicas para la persona de existencia ideal, que aparezca vinculada con delitos económicos en su ámbito específico de actuación (45). Sin embargo, si el hecho aparece vinculado a un delito económico, surge la cuestión, señalada por Hirsch (46), de estar frente a un delito criminal con relación al autor individual, y que éste no lo sea para la corporación que está detrás de él.

Los temas vinculados a los interrogantes c) y d) tienen que ver con los cuestionamientos de la dogmática frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica, en relación con el principio de culpabilidad y su derivado, el principio de personalidad de la pena, por un lado, y, por el otro, y desde una perspectiva de análisis anterior, la problemática de la acción, que con un contenido subjetivo no resultaría reconducible a la persona ideal. No obstante se responda a dicha falencia, en cuanto a que la persona ideal actúa por intermedio de sus representantes y no puede negarse que la acción sí puede manifestarse con la connotación psicológica propia de la persona individual que es, en definitiva, aquella que representa el ente.

La propuesta de Silva Sánchez (47), sobre el particular, se manifiesta a partir de analizar el concepto de norma del cual se parta. Frente a un concepto de norma que sólo vea en ella una determinación hacia un sujeto, no sería válido penar a la persona ideal, por la imposibilidad de que ésta se motive. En consecuencia, debería partirse de un concepto de norma que entienda a ésta como la expresión de una expectativa, que la norma no pretenda influir a nadie, sólo expresar una expectativa. Frente a una norma de determinación, la persona jurídica no puede ser responsable, por no poder obrar antinormativamente. En vez, si la norma refleja una expectativa de conducta, entonces sí la persona ideal puede ser responsable. La norma como expectativa sería similar a la norma directiva como valoración, pero sin esa valoración (por ejemplo, una diría: puedes esperar que no te defrauden, y la otra: defraudar es malo), apuntarían a lo mismo, y, aquí sí, la persona jurídica puede defraudar expectativas. Asimismo, y en cuanto a la problemática de la falta de acción de las personas ideales, el citado autor sostuvo que el concepto de acción puede aceptarse de dos maneras distintas: una conducta puede ser constitutiva de una acción lesiva, o bien producir modificaciones en el mundo real, sin realizar acciones finales, pero realizando procesos con sentido. Esto lo lleva a rechazar justamente, para las personas jurídicas, los conceptos de acción final, imputación subjetiva y culpabilidad, tal como han sido estructurados en relación con el ser humano, sin que se adviertan inconvenientes en términos de imputación objetiva y peligrosidad, como presupuestos de la sanción, en similares condiciones en que se los utilizan como presupuestos de las medidas de seguridad.

V. CONCLUSIONES

La problemática de la tentativa y su parificación punitiva, el encubrimiento de contrabando y las cuestiones propias que explican su autonomía, la legislación sobre legitimación de activos de origen delictivo y su irrupción en el Código Penal, modificando el tipo penal de encubrimiento, que ya no resulta tan simétrico con su par aduanero, y, finalmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica, constituyeron tópicos que fueron revisados y, en algunos casos, probados a nivel jurisdiccional.

Todo lo expuesto, ¿permite que se haga referencia a un Derecho Penal Aduanero autónomo, como formando un subsistema con su propia problemática y adonde debe recurrirse para buscar las soluciones a los conflictos que en dicho ámbito se suscitan?

En primer lugar: quien se interne en el mundo del Derecho Aduanero, seguramente advertirá la confluencia de distintas materias donde deberá abreviar a fin de poder aprehender, más cabalmente, el contexto donde éste se desenvuelve. Así las situaciones de límites entre territorios aduaneros y políticos, requerirá la incursión por la materia constitucional y también lo atinente al derecho internacional público, cuando de límites marítimos se trate, o aun al privado por las relaciones de sujetos pertenecientes a distintos países. El derecho privado también proyecta sus efectos en esta área, en la medida en que los actores o sujetos intervinientes están relacionados por disposiciones del Derecho Comercial y el Civil. Repárense al efecto las características que pueden tener tanto

comprador como vendedor de mercaderías que se pretendan importar o exportar. Obviamente el derecho público no podía estar ausente, en la medida en que el servicio aduanero está ejercido por funcionarios o empleados públicos. A ello debe adunarse la propia operatoria administrativa que, con un perfil propio, constituye una materia lo suficientemente compleja como para justificar la capacitación, a nivel terciario, de aquellos que pretendan intermediar entre la aduana y los importadores o exportadores.

De manera que sería errado no aceptar la influencia que esas distintas áreas del derecho tienen en este campo. Lo significativo de ello, es la peculiaridad dada por la variedad de ramas jurídicas que aquí pueden confluir. Esto no ofrece reparos y obedece a la coexistencia que debe imperar entre los distintos ámbitos normativos, incluidos en un mismo orden jurídico, que armónicamente deben actuar; la idea de sistema es la que permite la articulación de todos ellos. Frente a esto, resulta sumamente plausible la autonomía y delimitación del Derecho Aduanero, ya que, vinculándose con los otros, necesariamente requiere de una individualidad que ponga límites a su propia competencia; esto permite, por otra parte, mayor eficiencia en una de sus funciones más importantes, por sus efectos socioeconómicos, constituida por el aporte de fondos al tesoro nacional, como consecuencia de la percepción tributaria en esta materia.

En segundo lugar: cuando de Derecho Penal se trata, concretamente, de la aparición de tipos penales en el ordenamiento aduanero, no resulta del todo sistémico mantener una particularidad propia. Es decir, si la creación de distintos tipos penales, en el contexto de un ordenamiento general de Derecho Aduanero, sólo responde a la practicidad de contener en un mismo texto legal las conductas punibles y la pena aplicable, porque así se facilita la labor del intérprete, entonces no sería objetable ello, en la medida en que se respeten los instrumentos interpretativos aportados por la dogmática penal, que no es otra cosa que la fuente a la que debe apelarse para obtener las herramientas útiles para solucionar los conflictos penales, a fin de asegurar la coherencia del sistema.

En caso contrario, si, so pretexto de una individualidad admitida y reconocida, se comienza a bregar por un Derecho Aduanero Penal, entonces se corre el riesgo de dejar de lado décadas de discusiones, de avances y retrocesos, de formulaciones teóricas, en fin, de planteos que hacen a la propia esencia del Derecho Penal y que forman parte inescindible de él. Además de atentarse contra la labor de ir perfeccionando respuestas, en una época donde la hiperinflación de tipos penales desafía constantemente al intérprete.

A lo largo de este trabajo, resultó constante la remisión a formulaciones que vienen dadas desde el Derecho Penal; en este contexto, en consecuencia, parece una alarma infundada sostener los peligros avizorados en el párrafo anterior. Por otro lado, no puede juzgarse que la idea del legislador del Código Aduanero haya sido crear un capítulo independiente del Derecho Penal, sino sólo el respeto por una terminología propia que merece ser conocida en aras de una claridad expositiva, tendiente a facilitar la comprensión del mensaje normativo por parte de sus destinatarios (48).

Sin embargo, sería recomendable que la parte general del Código Penal, aquella que resulta receptora de las distintas teorías que se debaten en el Derecho Penal, donde debe buscarse el soporte normativo que, en consonancia con el marco constitucional, permite construir formas de interpretación posibles, en la aplicación de los distintos tipos penales, sea una suerte de ordenamiento inalterable o pétreo, no porque no pudiera modificarse, sino porque debería ser respetado por las distintas leyes especiales que establecen nuevos tipos penales. Más que buscar la incorporación de una legislación determinada a la parte especial del Código Penal, debería sólo tratarse de tipos penales que, pudiendo estar fuera del Código, no incursionen en cuestiones de la parte general.

Ello permitirá que sólo se alteren las formas de interpretación, en la medida de la modificación legítima de esa parte general, sin riesgo de dejar vigentes cuestiones fundamentales que provoquen la necesidad de "otra" interpretación para esa ley especial. Es a esto justamente a lo que se teme, al aislamiento que podría importar la coexistencia de distintos ordenamientos que regulen sobre temas propios de esa parte general del Derecho Penal, de la que fluyen las teorías, provocando entonces la cristalización de cuestiones que no pueden ser miradas en forma particularizada, por más que se sostenga que responden a cuestiones de política criminal, ya que no resulta funcional la validez de tantas políticas criminales como leyes especiales existen, referidas a temas básicos. La política criminal que inspira la parte general del Código Penal no puede ser distinta de la que inspira a la Ley de Estupeficientes, la Ley Penal Tributaria, la Ley de Lavado de Dinero o la Ley Penal Aduanera, se insiste, más allá de sus propias implicancias.

Si la política criminal no es ya entendida, parafraseando a Pavarini, como una política partisana, de mera protesta, sino que forma parte imprescindible de la teoría del delito, como sostuvo Roxin hace más de tres décadas, entonces las elaboraciones que ésta haga, promoviendo una dogmática útil para la interpretación, deben apuntar hacia un mismo fin, con independencia de los distintos tipos penales que servirán como marco

normativo específico, pero delante de un mismo y único telón de fondo.

Esta visión no debe ser interpretada en menoscabo de la especialidad, de la propia individualidad de cada área; por el contrario, sólo intenta esbozar que el Derecho Penal forma un todo que también tiene su propia esencia y que debe ser respetada, de la misma manera que esas distintas áreas claman por ser reconocidas. De la aceptación recíproca de las distintas singularidades, se podrá construir un sistema que dé respuestas efectivas a los distintos sujetos que en él interactúan.

NOTAS:

(1) Art. 865 inc. f CA.: "...f) se cometiere mediante la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera".

(2) Art. 865 inc. d CA.: "...d) se cometiere mediante violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa".

(3) Fallo Corte Sup., "Legumbres S.A. y otros" del 19/10/1989 (JA 1990-I-132); LL 1991-A-78.

(4) En la causa principal se imputaba el delito de contrabando documentado.

(5) Sevel S.A. pasó a ser Peugeot/Citroën S.A. por transferencia accionaria.

(6) Y quizás no innovó el legislador de la ley 22415 (LA 1981-A-82) con ello, ya que en los arts. 1027 y 1028 de las ordenanzas de aduana, ya se había previsto la posibilidad de imposición de multas a las personas jurídicas. Por lo demás, tal ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de infracciones aduaneras y contravenciones a las leyes fiscales, reprimidas con sanciones de naturaleza evidentemente penal. Fallos 99:317; 126:163 y 184:417 . Conf. Mario Chichizola, LL 109-683.

(7) En oportunidad de ser elevadas las actuaciones a la C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, el Dr. Eduardo R. Riggi, en un meduloso y acertado voto, desarrolla más acabadamente el tema. Ver también su comentario por el Dr. Horacio Romero Villanueva, LL 2002-C-442.

(8) In re "Buombucci".

(9) Para una visión integral de esta postura, y a la vez crítica de la anterior; conf. Sancinetti, Marcelo A., "Teoría del delito y disvalor de acción", reimpresión de enero de 2001, primera edición de mayo de 1991, Ed. Hammurabi, passim.

(10) Vidal Albarracín, Héctor G., "Código Aduanero. Comentarios. Antecedentes. Concordancias", arts. 860 a 891 , VII-A, 1992, Ed. Abeledo-Perrot, p. 13.

(11) Conf. Sancinetti, Marcelo A., "Teoría del delito y disvalor de acción" cit., p. 146, donde al marcar la distinción entre dolo directo y eventual, indica que en el primer caso el autor "persigue la meta", busca la afectación del bien jurídico, aunque no tenga la plena seguridad de esa afectación.

(12) Sancinetti, Marcelo A., "Teoría del delito y disvalor de acción" cit., ps. 133 y 134.

(13) Conf. Pessoa, Nelson R., "La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos", 1998, Ed. Hammurabi, passim.

(14) Para una visión de las distintas posturas clásicas y el aporte desde el finalismo, puede verse a Jorge L. Arce Viquez y Alfredo Chirino Sánchez, en "Los problemas de la política criminal del peligro: Consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados `actos preparatorios' como delitos independientes", Nueva Doctrina Penal, t. 1999/A, 1999, Ed. Editores del Puerto, p. 3.

(15) Al respecto puede verse el siguiente precedente, donde se abordan las tesis subjetiva-objetiva y objetiva respectivamente, para resolver sobre un caso de tentativa de contrabando. El fallo fue dictado el 30/4/1980 por la sala 3ª de la C. Nac. Penal Económico, en autos "Djourian, Pedro", con el primer voto del Dr. Guerberoff y la adhesión del Dr. Lemos (LL 1980-B-617). En igual sentido se expidió la sala 2ª del mismo tribunal, en autos "León Petreguez, Ernesto", causa 27899, registrada bajo el número 145/1989, fallo de fecha 15/6/1989, con votos concurrentes de los Dres. García Quiroga y Cortelezzi y disidencia del Dr. Hendler.

(16) Al respecto puede verse el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 12/3/1987, en autos "Senseve Aguilera, Freddy y otro s/contrabando" (Fallos 310:497).

(17) Íd., consid. 4.

(18) Art. 44 CPen.: "La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente".

(19) Precedente publicado en ED 183-67 y también en LL 2000-C-447.

(20) Conf. Vidal Albarracín, Héctor G., "Encubrimiento de contrabando. Preexistencia del delito encubierto", en LL 1988-E-77, donde aborda la cuestión relativa a la acreditación del delito precedente.

(21) Art. 874 inc. d CA.: "... d) adquiriere, recibiere o interviniere de algún modo en la adquisición o recepción de cualquier mercadería que de acuerdo a las circunstancias debía presumir proveniente de contrabando".

(22) Art. 987 CA.: "El que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería de origen extranjero y no probare, ante el requerimiento del servicio aduanero, que aquélla fue librada lícitamente a plaza, será sancionado con el comiso de la mercadería de que se tratare y con una multa de uno a cinco veces su valor en plaza. A efectos de la comprobación de la legítima introducción a que se refiere este artículo, sólo se admitirá la documentación aduanera habilitante de la respectiva importación. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando el hecho encuadrare en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 985 y 986".

(23) Al respecto, los siguientes fallos de la C. Nac. Penal Económico de Capital Federal: autos "Latiff, Roque E. s/contrabando", causa 27057, F 237, sala 2ª, voto del juez García Quiroga y adhesión del Dr. Oyuela, de fecha 4/7/1988; autos "Nagir, Garbis s/contrabando", causa 26753, F 186, sala 3ª, voto del Dr. Sustaita y adhesión del Dr. Roldán, de fecha 21/4/1988; autos "Laizerowitch, Pablo R. s/contrabando", causa 27349, F 285, sala 1ª, voto del Dr. Cortelezzi y del Dr. Riggi, por su voto, de fecha 23/11/1988; autos "Jara, Isabel y otros s/contrabando", causa 27233, F 266, sala 2ª, voto del Dr. Oyuela y adhesión del Dr. García Quiroga, de fecha 25/10/1988; autos "Barletta, Ricardo J. s/contrabando", causa 27314, F 279, sala 1ª, voto del Dr. Riggi y adhesión del Dr. Cortelezzi, de fecha 22/9/1988; autos "Levy, Aarón R., Sandoval, Juan y Firenze, Marcelo s/contrabando", causa 27928, F 382, sala 3ª, voto del Dr. Sustaita y adhesión del Dr. Roldán, de fecha 2/5/1989; autos "Labriola, Héctor M. s/contrabando", causa 27768, F 355, sala 3ª, voto del Dr. Sustaita y adhesión del Dr. Roldán, de fecha 28/2/1989; autos "Méndez Casariego, Alejandro y Fenocchio, Teresa s/contrabando", causa 28319, F 447, sala 3ª, voto del Dr. Oyuela y adhesión del Dr. Roldán, de fecha 27/3/1990, entre otros. Conforme a la información obtenida en la oficina de jurisprudencia del mentado tribunal.

(24) Conforme al trabajo presentado para las materias "Leyes penales económicas I y II - Delitos contra el medio ambiente", de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Austral.

(25) Conf. Donna, Edgardo, "Derecho Penal - Parte especial", t. III, 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 473 y su remisión a la nota 33, donde cita a Carrara.

(26) Conf. Vidal Albarracín, Héctor G., en "Problemas de autonomía que plantea un supuesto de encubrimiento de contrabando (art. 874 ap. I inc. d Código Aduanero)", LL 1995-B-27. Especialmente los párrs. 2º y 4º de la p. 29, del comentario al fallo, donde claramente se utilizan términos en orden sólo a la acreditación material del delito anterior, como pauta objetiva del tipo penal en comentario.

(27) Conf. por todos, Creus, Carlos, "Delitos contra la Administración Pública", 1981, Ed. Astrea, p. 536, §981.

(28) Orden del día Nor. 1999 de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 8676.

(29) El concepto de bien jurídico nace a la vida del derecho con una vocación limitadora; únicamente, se dice, podrá ser tipificada como delito aquella conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado, por lo que dicho concepto forma parte imprescindible de la teoría de la interpretación. No obstante los ataques que desde el funcionalismo se levantan en detrimento de la utilidad de reivindicar la idea de valor, necesario para asegurar la coexistencia pacífica en sociedad, que subyace al concepto en cuestión.

(30) Conf. Laje Anaya, Justo, "Estudios de Derecho Penal", t. 2, 2000, Ed. Marcos Lerner, p. 316, párr. 2º.

(31) Conf. D'Albora (h), Francisco J., en "Lavado de dinero. (El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos)", ED 180-1085.

(32) Conf. Bacigalupo, Enrique, "Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE. sobre...", en Derecho Penal Económico, 2000, Ed. Hammurabi, p. 280.

(33) Conf. Donna, "Derecho Penal - Parte especial" cit., p. 538, con referencia a las notas 217 y 218.

(34) Conf. Carrara, "Programa de Derecho Criminal", párr. 2838, nota 2: "Totalmente distinto del simple delito de favorecimiento es el título que surge de la habitualidad de dar asilo a los malhechores, la recepción habitual de malvivientes no es propiamente un delito contra la justicia pública, sino más bien un delito contra la tranquilidad pública", 1998, Ed. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, p. 421.

(35) En este sentido, resulta curiosa la comparación con el Código Penal español, puesto que, por un lado, parece incluir el delito de legitimación de activos de origen ilícito dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, con lo que aparecería resuelta la problemática apuntada, y, por otro lado, incluyó el tipo penal como una modalidad de receptación, con lo que, a todo evento, ató demasiado lo que el título prometía proteger.

(36) Conf. Laje Anaya, "Estudios de Derecho Penal", ps. 318 y 319.

(37) Conf. Gené, Gustavo E., "Ley de lavado de activos de origen delictivo", LL del 23/8/2000, ps. 1/6.

(38) Conf. Vidal Albarracín, Héctor G., ob. cit. "El mal llamado contrabando...", p. 1013.

(39) Conf. el trabajo efectuado para la materia "Leyes penales económicas I y II - Delitos contra el medio ambiente", de la carrera de especialización en Derecho Penal de la Universidad Austral.

(40) Conf. Aftalión, Enrique, "Tratado de Derecho Penal especial", 1969, Ed. La Ley, p. 130, donde ya en esa época alertaba sobre la necesidad de encarar el tema con una visión realista, puesto que mientras se discutía sobre si la persona jurídica debía responder penalmente, por otro lado, curiosamente por vía legislativa, se consagraba dicha responsabilidad.

(41) En las leyes especiales que legislan sobre esta materia, en general no se consideró una responsabilidad directa de la persona jurídica, sino más bien refleja o indirecta, mediante la responsabilidad de las personas que representan a la organización y que hubiesen participado en el delito.

(42) Conf. Rodríguez Estévez, Juan M., "El Derecho Penal en la actividad económica", 2000, Ed. Ábaco, p. 295, donde se citan ambos fallos.

(43) Conf. Barreira, Enrique C. y Vidal Albarracín, Héctor G., "Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando", publicado el fallo y el comentario en LL 1988-B-117, comentario en donde los autores se expiden por aceptar la responsabilidad penal en cuestión, la que debería recaer sobre los representantes que actuaron por ella.

(44) En términos de lo que Roxin sostiene, cuando afirma que no puede haber un concepto que sea político-criminalmente correcto, si al mismo tiempo y en simultáneo es dogmáticamente incorrecto. Y viceversa.

(45) Conf. Rodríguez Estévez, "El Derecho Penal en la actividad económica" cit., p. 307.

(46) Conf. íd., p. 280, donde se hace una muy buena síntesis de la doctrina nacional y extranjera.

(47) Conf. Silva Sánchez, Jesús, en la clase del día 4/10/2001 de la carrera de especialización en Derecho Penal, de la Universidad Austral, cuando abordó el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

(48) Conf. Vidal Albarracín, Héctor G., "La pretendida inmunidad de los pasajeros en tránsito a los fines del contrabando" (LL 1992-C-536), en cuyo desarrollo podría interpretarse una cierta mirada de desfavor hacia las formulaciones alambicadas o excesivamente técnicas, pero que claramente se refiere al lenguaje propio de este ámbito del Derecho Penal y en modo alguno al desmerecimiento del andamiaje jurídico propio del Derecho Penal.