

LA PROHIBICIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE EN LOS DELITOS ECONÓMICOS

Por Carolina A. Vanella¹

*“nor shall any person be subject
for the same offence
to be twice put in jeopardy
of life or limb”²*

I. PALABRAS INICIALES

Esta investigación representa el trabajo final de los estudios cursados en la Maestría en Derecho Penal dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

El tema propuesto se originó en situaciones laborales cotidianas, inherentes a la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico donde me desempeño. Cada expediente abre el debate y los fallos del Tribunal por interpretan las reglas del proceso penal con el mayor sentido de justicia. Aquéllas discusiones dieron el marco propicio a mi hipótesis y, sumado a los contenidos recabados en las materias especiales cursadas durante la Maestría, definieron mi elección del tema.

Tuve la fortuna de compartir mis ideas con especialistas del derecho penal económico: magistrados, docentes y colegas sumaron sus ideas al debate, cada aporte agregó motivación y la investigación fue ganando dedicación para darle forma al planteo.

La recopilación bibliográfica fue ciertamente útil para diseñar la propuesta de esta tesina y para encaminarla cuando el rumbo perdía precisión.

Tengo palabras de agradecimiento para el cuerpo docente de esta Casa de Estudios que, desde su vocación educadora, estimularon mi compromiso académico.

También quisiera agradecer a quienes supieron enseñarme por fuera de la universidad. A todos aquellos que alentaron mis inquietudes, respaldaron mis iniciativas, orientaron mis decisiones y corrigieron mis equivocaciones.

Y recuerdo con la misma gratitud a todos los que, de una u otra manera, formaron parte de estas páginas.

Acerca de

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires (2003); alumna de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo, Legajo nro. 38.175.

² V enmienda de 1971 de la Constitución de Estados Unidos: “Ni ninguna persona estará expuesta dos veces por el mismo delito, al peligro de perder la vida o la integridad física.”

El tema sobre el que escribo se explica básicamente con sentido común y de justicia; luego, llevado al proceso penal económico, requiere algunos tecnicismos jurídicos.

Explicarles la estructura de estas páginas puede resultar un desafío semántico. Las descripciones técnicas-jurídicas compiten con las ideas simples. Mi tema se refiere a la prohibición de la persecución penal múltiple en los delitos económicos, para lo cual no se requiere lenguaje académico sino un poco de historia, sensatez y equidad al servicio del proceso penal.

Embarcarse en la investigación, acariciando la idea de hacer ciencia, implicó amigarse con el poder de síntesis y la claridad en la exposición. Las sesiones de tutoría tuvieron mucho que ver con eso. Destaco la dedicación de mi tutor, un gran profesional, comprometido con su vocación por el derecho, pero fundamentalmente un maestro de alma.

Escribo de cara a un riesgo, el riesgo de que el autor de un delito económico sea juzgado más de una vez, quedando expuesto al peligro de recibir más de una sanción por el mismo hecho (o a la posibilidad de recibir la segunda). Escribo para explicar si ese autor puede recibir condena penal y sanción administrativa a la vez. Escribo para entender si se puede juzgar penalmente más de una vez si es que los hechos que originan cada una de las persecuciones resultan ser una reiteración de un mismo comportamiento delictivo. Escribo para analizar si el autor puede recibir dos condenas penales por la distinta calificación legal de su conducta. Escribo para responder si el mismo hecho puede habilitar juzgamientos en jurisdicciones estatales diferentes cuando los hechos cometidos en cada territorio responden al curso natural de un solo comportamiento.

Para develar si tal problemática existe será importante determinar: 1) si el segundo juzgamiento completa al primero, porque así está previsto por las normas administrativas que estipulan sanciones específicas, por lo cual no habría multiplicidad de juicios; 2) si el segundo juzgamiento es una reiteración del primero, y por ende, prohibido por el principio de *ne bis in idem*, porque se refiere al mismo hecho; o 3) si el segundo juzgamiento se refiere a un hecho distinto de aquél que motivó el primer juzgamiento.

Escribo para explicar cuál es la identidad problemática? la de la persona? la de hecho? la de causa? En definitiva, escribo buscando un modo coherente de entender en qué caso se trata de juzgamientos múltiples y en qué caso de sólo uno.

II. PRESENTACION Y PRESUPUESTOS CENTRALES DE LA TESINA

Está claro que la doble jurisdicción es la protagonista de esta tesina y sus consecuencias pueden repercutir, al menos, en tres situaciones:

*la doble jurisdicción penal-administrativa, cuando el hecho es calificado como delito y/o como infracción;

*la doble jurisdicción penal, cuando el hecho se perpetúa en el tiempo y es perseguido por cada uno de los actos que integran el comportamiento total (es el caso del delito continuado); o cuando el hecho puede quedar calificado por dos tipos penales, dando lugar a la instrucción de procesos a cargo de jueces penales con diferentes competencias.

*y la doble jurisdicción internacional, cuando los pasos de un mismo hecho están calificados penalmente por la legislación de cada uno de los estados donde se va desarrollando el delito (como sucede en supuestos de exportación-importación prohibida en distintas fronteras).

Entonces: en los delitos económicos, más precisamente, los delitos tributarios y aduaneros, ¿qué debe entenderse por identidad de causa a la hora de analizar la vigencia del principio constitucional del *ne bis in idem*?

En tanto la garantía del *ne bis in idem* es el recurso apropiado para morigerar los excesos punitivos, este trabajo apunta a determinar los presupuestos que deberían estar acreditados para que la prohibición pueda ser invocada. Me adelanto con la siguiente afirmación: para igualar un hecho a otro, es relevante mirar las causas por las que se los persigue.

Los presupuestos del sistema penal son el delito y la pena. En el caso de los delitos económicos la tipicidad tiene fronteras bastantes imprecisas y la pena es una aspiración insaciable. Como cualquier otro tipo de delitos, los económicos están sometidos a las vicisitudes de los mecanismos previstos para perseguirlos, juzgarlos y castigarlos.

La elección de los delitos económicos para abordar esta hipótesis no es para nada antojadiza. Es que justamente se trata de una categoría ambigua. Los delitos económicos presentan una identidad oscura que propicia el avance caprichoso de un sistema punitivo que ni siquiera se pregunta por las circunstancias que justificarían la persecución y el castigo que se arroga.

La redacción normativa confusa y superpuesta, sumado a una política criminal anacrónica, dan pie a persecuciones penales reiteradas contra los autores de ciertos delitos económicos. Esta realidad es la que inspira mi investigación y la que me lleva a pensar en las herramientas y en la condiciones para evitarlo.

Pensar en esas herramientas supone la remisión directa a los resguardos constitucionales que moderan el poder punitivo del estado. En el caso, para detener la persecución penal múltiple, la garantía del *ne bis in idem*, es la herramienta adecuada.

En cuanto a la aplicación, será necesario profundizar las circunstancias de persecución para cotejarlas con los presupuestos establecidos para que el *ne bis in idem* encuentre un espacio. En caso de cumplirse los requisitos establecidos, las persecuciones simultáneas o consecutivas del delito económico quedarán descartadas por aplicación de la garantía.

Las discusiones giran en torno a si se trata del “mismo hecho”, o sea de la “misma transgresión económica” que ya fue perseguida, juzgada y/o castigada.

Indagar en las causas de persecución de dos acontecimientos, dos denuncias, dos sumarios o dos procesos, es la clave para proponer al *ne bis in idem* como barrera contra la múltiple persecución penal de delitos económicos.

Como moderar el *ius puniendi* del poder público? Como racionalizarlo y permitirlo en su justa medida? Bajo qué condiciones opera el *ne bis in idem* como límite constitucional contra la persecución penal múltiple de delitos económicos?

Así queda diseñado el camino de la tesina. La lectura y la elaboración propia hicieron foco en estos interrogantes con la aspiración de responderlos con la mayor solvencia posible.

III. INTRODUCCIÓN

Organizar la vida en sociedad y desterrar los abusos de poder es una áspera tarea para la política criminal. En esa misión, las garantías constitucionales tienen carácter instrumental para reducir algunos excesos que derivan el ejercicio monopólico de la coacción estatal. El castigo es una cuestión política imposible de erradicar, mientras que el Derecho Penal es el control jurídico de las formas y condiciones de su aplicación (del castigo).

Es interesante la evolución del *ne bis in idem* como institución política-jurídica, acompañando el posicionamiento de los derechos humanos como frenos palpables a los excesos del derecho penal. “Nos vamos acercando a un nuevo equilibrio entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y la preservación del valor de seguridad que siempre se realiza de alguna manera con el derecho (...)”³.

Juzgar sucesivamente lo que ya se realizó, así como desafiar la suerte jurídica por segunda vez, no son vías aceptables para controlar el comportamiento ciudadano. A partir de esto, entiendo que la protección constitucional de las barreras garantizadoras no puede ceder ante el fin implícito del derecho penal económico: resguardar la recaudación.

III a. Cuestiones semánticas

La prohibición de juzgar más de una vez al mismo sujeto por el mismo hecho, tiene indudable vigencia universal. Con diferentes alcances, modos y contenidos, el principio del *ne bis in idem* fue cosechado por distintos sistemas jurídicos, con notas particulares en cada uno de ellos. Esas particularidades se refieren a las razones que justifican la prohibición y a los modos convencionales para denominarla.

³ HITTERS, Juan C.; *La Revisión de la cosa juzgada*, prólogo de Augusto Mario Morello, Platense S.R.L., La Plata, 1977, p.4.

La persecución penal múltiple se encuentra prohibida bajo diferentes formatos: como principio, regla, derecho o garantía.

Las disquisiciones terminológicas también remiten a como denominar la prohibición: *ne* o *non*. Los fundamentos semánticos parecen convencer de que la negación se dice *ne* en vez de *non*. Según Maier⁴, el término correcto es *ne* ya que el encabezarlo *non* hace mención a una negación que no tendría sentido en este concepto.

La utilización del adverbio negativo *ne* en lugar de *non* resulta correcta en tanto cumple una función imperativa, propia del contenido del principio que estamos estudiando⁵.

Lógicamente esta conclusión puede ser dejada de lado por las preferencias fonéticas de quien la pronuncie, lo cual en nada altera el funcionamiento de la prohibición. Con mayor frecuencia los juristas se refieren a la prohibición de doble enjuiciamiento utilizando la locución latina *ne bis in idem*. Pero en aquellas otras veces que se utiliza la locución *non bis in idem* el alcance de prohibición constitucional es el mismo.

Sin embargo, se aconseja la expresión *ne bis in idem* ya que las primeras referencias al origen aplicativo del principio recogen en su formulación la partícula *ne* en lugar de *non*; concretamente la cita de Quintiliano⁶ “*solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: ‘bis de eadem re ne sit actio’ id est, hoc ‘bis’ ad actores an ad actionem*”.

La conjunción *ne* completa esta construcción pero requiere la presencia de un verbo de impedimento o prohibición implícita en la frase. El significado sería “que el proceso no sea dos veces por la misma causa “si este dos veces se refiere a los oradores (actores-acusadores) o al proceso”⁷. López Barja señala en contrario que “la regla *non bis in idem* aparece formulada en el diccionario compilado por Liebs como *ne bis in idem (crimen indicetur)*, cuya traducción literal es “que no se sentencie dos veces por el mismo delito”. El deseo de

⁴ MAIER, Julio; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1986, p. 415.

⁵ Ver más GARCÍA ALBERO, Ramón; *Non bis in idem. Material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, p. 23.

⁶ Su fama proviene de su *Institutio* oratoria (c. 95 d. C.), una obra enciclopédica que recoge todo cuanto es necesario para formar a un orador, en doce volúmenes. Como modelo supremo propone a Cicerón. En los dos primeros libros, Quintiliano trata la educación elemental y los métodos para la formación básica en el campo de la Retórica. Dedicó los nueve libros siguientes a los fundamentos y técnicas de la oratoria. El Libro X es el más conocido; en él aconseja la lectura como elemento fundamental en la formación de un orador y contiene un famoso estudio sobre las personas que escribieron en griego y latín. El último libro presenta el conjunto de cualidades que debe reunir quien se dedique a la Oratoria, tanto en lo referente al carácter como a la conducta.

La obra defiende la formación íntegra del orador como ser humano y como hombre público y presenta una originalidad notable con un estilo ciceroniano lúcido y brillante; ejerció una gran influencia sobre la teoría pedagógica que sustenta el Humanismo y el Renacimiento y fue traducida directamente del latín al español en dos volúmenes por Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier (Madrid: Librería de Ranz, 1799).

⁷ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier; *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998. p. 35 y 36.

trasformar la frase a estilo directo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como *non bis in idem*⁸.

En según lugar, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la prohibición tampoco altera las consecuencias jurídicas, sino que, al igual que en el primer caso, remite a cuestiones lingüísticas. La distinción entre regla o principio resulta estéril y lo decisivo es el alcance que se le atribuya a esa regla o principio. De todos modos, prefiero hablar del **principio *ne bis in idem***.

La cuestión se repite con la denominación derecho o garantía. El *ne bis in idem* puede ser garantía del derecho al debido proceso o ser un derecho asegurado por la garantía de la excepción de la litispendencia. En definitiva no importa como se lo llame, importa como funcione.

III b. Breve genealogía

Los orígenes del *ne bis in idem* son importantes a la hora de evaluar su evolución. Juan Hitters expresa que “la regla *ne bis in in dem* y sus distintas formulaciones parece haber tenido vigencia desde antes de las XII tablas”⁹ o sea antes del siglo quinto AC.

Para Guillermo Cabanellas, el *non bis in idem* es un aforismo latino que significa “no dos veces sobre lo mismo”¹⁰. Asimismo apunta Ernesto Rodríguez Rossi que “la *res iudicatae* o *indicium de re* del derecho romano no tiene el alcance que en doctrina se le ha dado, ya que *res iudicatae*, en Roma no significaba propiamente juicio, con esta alocución (...) lo que quisieron los romanos era que no debiese ocurrir más que una sola vez”¹¹. La manera de hacer valer el derecho era mediante la *deductio in indicium* que prohibía la repetición de la misma pretensión¹².

Entonces el contenido inicial de este principio consistía en que una misma acción no podía hacerse valer en dos ocasiones -cualquiera que fuese el resultado del primer procedimiento- y se ejercitaba en vía de excepción. Por eso indica Binder que “(...) la persecución penal, con todo lo que ella significa – la intervención del aparato estatal en procura de una condena – solo se puede poner en marcha una sola vez. (...) y un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho”¹³.

Cabe recordar que en el procedimiento inquisitivo dentro del derecho canónico, este principio, en sus rasgos primigenios, fue abolido ya que mediante este procedimiento se buscaba descubrir la verdad material a cualquier precio. Entonces, antes que prohibir la persecución múltiple por el mismo hecho, se prefirió dar primacía a la *absolutio ab instantia*, en virtud de la cual quien

⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El Principio non bis in idem*, Dykinson. Madrid, 2004. p. 14.”

⁹ HITTERS, Juan C.; *op. cit.*, p.38/9.

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo; *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4ª edición ampliada por Ana María Cabanellas, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1992, p. 175.

¹¹ RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto; *Cosa juzgada*, Ediar, Buenos Aires, 1974, p. 19.

¹² HITTERS, Juan C.; *op. cit.*, p.38

¹³ BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p.163

hubiera sido absuelto por un tribunal no podía ser procesado de nuevo aunque aparecieran nuevos indicios.

Edmundo Hendler explica el significado político que asumió en el devenir histórico el *ne bis in idem* de la cultura occidental, el cual se estableció “como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho éste que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines de siglo XVII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrada en la segunda mitad del siglo XX¹⁴.

Puede apreciarse que el *ne bis in idem* no nació propiamente como un principio judicial, es decir que deba operar sólo en un proceso judicial, sino fue un principio del derecho en general, aplicable a todos los campos. Es decir era arbitrario que ocurra dos veces lo mismo, por eso perseguir (en su sentido amplio) dos veces a una persona resulta desproporcionado. Vemos con asombro cómo se desplaza el *ne bis in idem* en todos los campos del derecho y ello también se logra con un entendimiento claro del derecho penal, la justicia y la concepción de la persona humana, con todas las garantías. Para algunos el *ne bis in idem* debería ser considerado como un principio general del derecho¹⁵.

Es importante señalar que la deficiente estructura que recogen las constituciones sobre el principio del *ne bis in idem* no ha impedido que se desarrollen distintas interpretaciones en cuanto a su alcance, vigencia y aplicación¹⁶.

Así como los orígenes del *ne bis in idem* son importantes a la hora de evaluar su evolución, también la doctrina y la jurisprudencia tienen lo propio. Será necesario observar la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación, así como los conceptos precursores de la comunidad internacional

¹⁴ HENDLER, Edmundo S.; *Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem. Las Garantías Penales y procesales. Enfoque Histórico – Comparado*, Buenos Aires, 2001. p. 131, citado por James REATEGUI SÁNCHEZ; *La Garantía del ne bis in idem en el Ordenamiento Jurídico Pena*, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 21

¹⁵ REATEGUI SÁNCHEZ, James; *La Garantía del ne bis in idem...*, cit., p.22/23.

¹⁶ Así lo demuestran, por ejemplo, los casos resueltos por el TC español fundados en el artículo 25.1 de la Constitución Política Española. El Tribunal ha señalado en varias oportunidades que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Como podrá deducirse esta norma constitucional es conocida como principio de legalidad, pero no impidió que el TC resuelva utilizando esta base constitucional acciones de garantías donde se violentaron el principio del *ne bis in idem* (SSTC 2/81, 154/1990, 204/1996, 221/1997). Adicionalmente, la ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 publicada el 27 de noviembre de 1992), legisla el principio del *ne bis in idem* en el artículo 133 que se refiere a la concurrencia de sanciones, disponiendo que “no se podrán sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, hecho y fundamento”.

para trazar el alcance de la prohibición en el derecho penal común y, especialmente, en el derecho penal económico.

III c. Desnaturalización de los principios constitucionales en el Derecho Penal Económico

La desnaturalización de los principios del derecho penal común se excusa en la necesidad de proteger con mayor énfasis el bien jurídico tutelado estableciendo fundamentos político-criminales más severos que esos principios.

Esa desnaturalización suele obedecer a la trascendencia económico-social que los delitos económicos representan para los intereses públicos y la magnitud de los perjuicios que de ellos se derivan.

Esta forma de proceder resulta más habitual de lo conveniente y el derecho penal económico no es el único testimonio de este fenómeno que implica la distorsión de los principios rectores del derecho penal común.

Por ejemplo, en el derecho penal aduanero la regulación de la tentativa que depende de la parte general del Código Penal de la Nación, se encuentra distorsionada en tanto posee la misma pena que el delito de contrabando consumado (conf. artículos 871 y 872 del Código Aduanero).

Otras distorsiones dentro del derecho penal aduanero son la existencia de infracciones aduaneras que responden a parámetros de responsabilidad objetiva; la imputación de la persona jurídica y la facultad de la Administración Nacional de Aduanas de constituirse como querellante.

También encontramos desnaturalizaciones de los principios constitucionales en el Régimen Penal Tributario. En algunas ocasiones la especialidad y la autonomía de la materia tributaria justifican el desconocimiento de los principios rectores del derecho penal común.

La distancia constitucional es un claro síntoma del fenómeno político-criminal conocido como “panpenalismo”. Consiste en la expansión indiscriminada del derecho penal a todas las actividades de la vida civil; también se lo denomina “inflación punitiva”.

El advenimiento del panpenalismo o inflación punitiva se encuentra sustentado y precedido de discursos tales como “el derecho penal de emergencia”, “la administrativización del derecho penal” y “el derecho penal de segunda velocidad”.

A principios del siglo XX “la creciente actividad administrativa del estado, cuya ejecución práctica no podía realizarse sin contar con medios coactivos, demostró la necesidad de separar el derecho penal administrativo especial del ámbito del derecho penal propiamente dicho”¹⁷.

¹⁷ MAURACH REINHART – ZIPF HEINZ; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 7ma edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, p 19.

Esta situación se materializó finalmente en Alemania con la urgencia producida por las dos guerras mundiales, las cuales llevaron al inevitable mal de una economía completamente controlada por el Estado, bajo un dirigismo¹⁸ económico y regulación del consumo, lo que trajo aparejado una ola de preceptos penales dictados en innumerables disposiciones administrativas.

En un principio fue decisivo el esfuerzo práctico por descongestionar a los tribunales de cuestiones de poca importancia, comenzando así a erigirse definitivamente el derecho penal administrativo.

Si bien fue una solución útil, “la economía procesal así obtenida trajo consigo una gran desventaja y la descongestión de los tribunales se transformó en una desconexión de estos y con ello del debido procedimiento”¹⁹.

El punto es que la inspiración del avance del estado de policía a principios de siglo XX en Alemania, a la medida de la planificación económica y reglamentación del Imperio Guillermino, fue utilizada en nuestro país como argumento legitimante de la arbitrariedad estatal.²⁰

Tal es así que el derecho administrativo como rama del derecho público que

¹⁸ Dirigismo (del francés “*dirigisme*”) es un concepto político-económico usado para designar un sistema en el cual el gobierno ejerce una fuerte influencia directiva en los sectores económicos, generalmente no a través del intervencionismo o de la estatización sino del uso de incentivos para promover prácticas que son de interés público o general.

A pesar que muchos consideran que tal influencia es, por definición, excesiva (la RAE, por ejemplo, define el término como significando “Tendencia del gobierno o de cualquier autoridad a intervenir de manera abusiva en determinada actividad.”), esto no es necesariamente el caso. Igualmente, a pesar de que el concepto ha sido usado para designar una economía centralizada en la cual el gobierno o Estado efectivamente controla los mecanismos de producción y distribución, etc. -es decir, como equivalentes a ciertos sistemas socialistas o colectivistas como en el caso del Estado socialista- ese no es el sentido que la palabra tenía originalmente o tiene incluso en el presente en Francia (y a través de esta en otros países), donde es usada generalmente para designar un sistema esencialmente capitalista con participación fuerte del Estado, específicamente con un rol estatal de coordinación. En otras palabras, es un sistema que puede ser considerado como capitalismo de Estado.

En ese sentido, muchas economías modernas pueden ser caracterizadas como con algún grado de “dirigismo” (ver economía mixta), por ejemplo, el gobierno generalmente subsidia estudios y desarrollos científicos o técnicos o promueve la industria nacional a través de programas fiscales, por ejemplo, producción y compra de material militar, sanitario, educativo, etc.

¹⁹ MAURACH REINHART – ZIPF HEINZ; *op. cit.*, p. 20.

²⁰ A la muerte de su padre, que sólo llegó a reinar durante 99 días, el 15 junio de 1888, Guillermo II conquistó el trono alemán. Sus condiciones como gobernante eran muy buenas ya que tenía una gran intuición para darse cuenta de la raíz de los problemas, y su formación intelectual era muy completa. Además, poseía grandes dotes oratorias que le hicieron más de una vez exaltarse en sus discursos políticos y decir más de lo debido.

Se comprometió con la importancia de su misión y sentía firmemente que si Dios le había llevado a ganar la corona, también lo iluminaría para que pudiera seguir el camino correcto en el ejercicio de sus funciones como Káiser. Sin embargo, a pesar de estas excelentes cualidades, Guillermo II acusaba una cierta inmadurez y una clara tendencia a sobrestimar sus propios poderes, cuando ocupó el trono a los 29 años de edad. Aunque carecía de experiencia en el campo internacional, desde el comienzo de su reinado quiso mantener la autoridad monárquica en el interior de Alemania y en sus relaciones con el exterior. Para ello se propuso conservar el poderoso ejército de que disponía y crear una fuerte armada, no sólo para impedir que su país fuese atacado, sino para incrementar su prestigio entre las potencias extranjeras, siendo un emperador respetado por los forasteros. Esta es una de las causas por la cual Alemania tuvo un gran número de judíos sobre su territorio, Guillermo II respetaba al judaísmo.

estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta, parece actualmente regirse bajo el precepto de que “el Estado todo lo puede”. Esto sumado a “la acelerada producción legislativa en materia penal, y otras tantas, da lugar a leyes que amalgaman sanciones de diversa naturaleza, entre las que suelen incluirse penas”²¹. Sin dudas, la expansión del derecho penal desdibuja sus propios principios.

En este sentido Zaffaroni entiende que la razón de estas “yuxtaposiciones legislativas de sanciones restitutivas y reparadoras de medidas de coacción directa y de penas, tiene lugar por diversos motivos, algunos de sistematización imposible, porque solo responden a defectos técnicos, (...) otros por las necesidades políticas de impactar en la opinión con una respuesta legislativa”.

Lo cierto es que en las últimas décadas la escalada legislativa también se ha manifestado en el derecho penal tributario, en el derecho penal aduanero, en el derecho penal cambiario, en el derecho empresarial y en el derecho ambiental.

Bajo algún discurso legitimante suele enmascararse una función político criminal de prevención general positiva (integración) o negativa (intimidación) que tiende a: 1) incriminar actos preparatorios mediante la construcción de tipos penales de peligro abstracto, 2) convertir las contravenciones y sanciones administrativas en tipos penales, 3) elevar las escalas penales, 4) crear tipos penales que no admiten prueba en contrario o responden a parámetros de responsabilidad objetiva, soslayando la imputación a título de dolo o culpa, 5) descartar la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, 6) modificar los plazos de prescripción, las reglas de la reincidencia, los parámetros generales de la tentativa, los supuestos del concurso de delitos, los fundamentos de la imputación de la persona jurídica y la facultad de querellarse de los organismos estatales.

La inflación del castigo lleva a configurar la “administrativización del derecho penal”, así llamado por el profesor y ministro de la Corte, Raúl Eugenio Zaffaroni.

El fenómeno de la “administrativización del derecho penal” intenta ser defendido por la doctrina alemana, encabezada por el doctrinario Günther Jakobs, como “derecho penal del enemigo” y por la doctrina española, representada por Jesús María Silva Sánchez, como “derecho penal de tres velocidades”.

Por ende, en España “la construcción de un derecho penal del enemigo ha suscitado la atención de la doctrina. La observación sobre los aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales ha llevado a considerar la existencia de un derecho penal de tres velocidades. La primera caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad; aquí corresponde mantener los principios, las garantías procesales y las reglas de imputación clásicas. En segunda velocidad se encuentran las regulaciones

²¹ ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 214.

que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias y, debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios y reglas de imputación tradicionales. La tercera velocidad es la que aquí interesa; en ella se aglutinan las normas que imponen penas privativas de la libertad, a la vez que se produce la flexibilización mencionada en el punto anterior. Esta tercera velocidad coincide, en lo básico, con el derecho penal del enemigo”²².

De lo enunciado se desprende que los principios rectores del derecho penal común pertenecen, en su forma más rígida, al derecho penal de primera velocidad. Mientras que la flexibilización de los principios de derecho penal común que se da en el derecho penal económico -derecho penal aduanero, régimen penal tributario, régimen penal cambiario-, derecho penal de la empresa y derecho penal ambiental, corresponde al derecho penal de segunda velocidad. Finalmente el derecho penal de tercera velocidad -o su equivalente alemán el derecho penal del enemigo-, que prevé la supresión de todas las garantías en pos de un interés social superior, comprende a los delitos de máxima gravedad, como los delitos de lesa humanidad.

La flexibilización de los principios rectores del derecho penal común aplicado al derecho penal económico responde a que este último se encuentra categorizado como un derecho penal de segunda velocidad que acepta la distensión de ciertas garantías individuales bajo el discurso de la administrativización del derecho penal, fundado en la protección de un bien jurídico macrosocial que, para ser protegido eficientemente, requiere la flexibilización de esos principios.

El punto es que el discurso del derecho penal de segunda velocidad, con su consecuente administrativización del derecho penal, se defiende desde el “derecho penal de emergencia”, con lo cual para recortar ciertas garantías constitucionales se requiere una situación de emergencia que coloque en riesgo a un bien jurídico de interés colectivo.

Recortar garantías del derecho penal común es propio de un derecho penal autoritario. Sin embargo esto ocurre con frecuencia en el derecho penal económico. Gracias al discurso del derecho penal de segunda velocidad, en función del derecho penal de emergencia, la administrativización del derecho penal aparece como el derecho penal del ciudadano.

Esto se debe a que el nuevo derecho penal antiliberal o autoritario “no se presenta como derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerras, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión pragmática” (...) “postulando que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”²³.

²² SILVA SANCHEZ, Jesús María; *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001, p. 163. El profesor catalán advierte que un derecho penal de tercera velocidad existe ya en lo que hace al derecho penal socio-económico, respecto del que propone su reconducción a la primera o bien a la segunda velocidad. Citado por MARÍN FRAGA, Facundo; *Derecho Penal del Enemigo*, publicado en La Ley Suplemento Actualidad, del 15 de febrero de 2005, p. 2.

Algunas características de este derecho penal autoritario son resumidas por el profesor Zaffaroni de la siguiente forma: 1) La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo. Así se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e imposterizable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y se presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana. Resulta evidente como en la actualidad el terrorismo es percibido como una amenaza global cuya neutralización resulta imposterizable, al menos así fue manifestado discursivamente por aquellos líderes mundiales que enfatizan una emergencia para suprimir garantías. 2) El discurso asume la característica de lucha contra un mal de dimensión global, un discurso de carácter bélico que sirve de base legitimante para adoptar la forma del derecho penal del enemigo. 3) En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra. 4) Por último, el derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del derecho penal durante las emergencias que fundan los embates antiliberales, así se propicia la administrativización del derecho penal, ni más ni menos que el llamado derecho de policía, un derecho de coerción directa administrativa inmediata o diferida.

IV. LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO PENAL COMÚN

Ne bis in idem: en latín *no dos veces por lo mismo*

Autrefois acquit – autrefois convict: en francés *ya perdonado-ya condenado*

Double jeopardy: en inglés *doble peligro*

En los tres casos se trata de una defensa en procedimientos legales. Es un principio reconocido por las constituciones de muchos países que prohíbe que un acusado sea enjuiciado una segunda vez por el mismo crimen.

IV a. Generalidades conceptuales

El principio de *ne bis in idem* comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos o más veces en razón de una misma imputación. El profesor Julio Maier refiriéndose a este principio, ha señalado que “*No obstante las diversas palabras utilizadas para definirlo, lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la*

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En Torno a la Cuestión Penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p 154.

*misma realidad histórica atribuida*²⁴. Lo inadmisibles no es la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla²⁵.

Existe consenso para defender algunas certezas involucradas en el principio del *ne bis in idem*: “nadie debe ser perseguido o castigado dos veces por lo mismo”²⁶.

La prohibición de incurrir en *bis in idem* atiende al derecho que posee toda persona a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por el mismo hecho. Aún cuando el ámbito tradicional en el que suele discutirse la aplicación de este principio es el penal (como criterio limitador del proceso y de la condena penal); el principio es reconocido (a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal) como uno de los principios formadores del derecho sancionador en general. En este contexto ubico el presente trabajo, valorando no sólo los criterios que dan contenido al *ne bis in idem*, sino también los problemas de aplicación que emergen del propósito de evitar el múltiple procesamiento y la sucesiva sanción administrativa, penal y administrativa-penal o viceversa.

Como bien apunta Pastor²⁷, se trata de una derivación lógica que reconoce en el “juego limpio” un valor respetable. Es indiscutible el rango constitucional del instituto, ya sea de modo implícito, como lo hacía la doctrina constitucional argentina, o bien de manera explícita como lo hace la Constitución de los Estados Unidos y los tratados internacionales de derechos humanos.

La frase *ne bis in idem* alberga más discusiones de las que parece. Habría que poner claridad al significado de “nadie” (identidad de sujeto), “por lo mismo” (identidad de hecho y fundamento), “perseguido dos veces” (doble proceso) o “castigado dos veces” (doble sanción).

Comparto con el doctor Hendler²⁸ en que se trata de un precepto cuya exacta delimitación ofrece serias dificultades. Para él, los casos excepcionales en los que se considera permitido el *bis* son tantos y de tanta importancia que reclaman la misma atención que la norma general.

²⁴ MAIER, Julio B.; *Derecho Procesal Penal. Fundamentos.*, Buenos Aires, Tomo I, 2da. edición, 1996. p. 368 y ss.

²⁵ BINDER, Alberto; *Derecho procesal penal*, 1ra. edición, Buenos Aires, 1993. Agrega, que el riesgo de afrontar una doble condena, lo que implica una prohibición de doble riesgo de aflicción (*double jeopardy*), se yergue como un límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución. El *ne bis in idem* procesal, se configura así, como un medio técnico de contrapeso a los mayores poderes que tiene el aparato estatal para organizar la persecución. Desde esta perspectiva, la prohibición de un doble riesgo de aflicción, como límite material al *ius persequendi* del Estado, se equipara a la prescripción, la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

²⁶ OTTAVIANO; *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*, tesis doctoral inédita (Universidad Austral, Buenos Aires, 2008), p. 13.

²⁷ PASTOR, Daniel R.; *¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem? En La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 497.

²⁸ HENDLER, Edmundo S.; *Una regla que confirma excepciones: ne bis in idem*, en Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 148.

La explicación del principio permite formular la siguiente regla: sobre un mismo acontecimiento histórico, subsumible en uno o en varios tipos penales, no puede existir para el justiciable más de una consecuencia penal. Así, sólo puede haber una única persecución estatal y una única condena por un mismo hecho²⁹.

El contenido del principio debe diferenciarse del de autoridad de cosa juzgada que comprende también la prohibición de perseguir dos veces a un individuo por la misma conducta, la cual opera con anterioridad al proceso mismo, descartando la persecución penal múltiple³⁰.

El fundamento del principio constitucional es que la libertad individual no estaría debidamente protegida si existiera la posibilidad de que el Estado efectuara una seguidilla de procesos contra una persona y por un mismo hecho. El principio apunta a impedirle al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga intentos repetidos de perseguir para condenar a un ciudadano por un supuesto delito, sometiéndolo a molestias, gastos, humillaciones que lo estancan en un estado de ansiedad e inseguridad.

IV b. Versión formal y versión material del *ne bis in idem*

La prohibición de la doble persecución no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho³¹.

El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión material y, por otro, una connotación procesal. Así, la prohibición de la doble persecución comprende no sólo la aplicación de la nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por si mismo³².

1. En su formulación material, el enunciado según el cual, “*nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho*”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción,

²⁹ BORINSKY, Mariano H.; *Principio non bis in idem. Concurrencia de consecuencias jurídico-penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*. El Dial.com, 12 de abril de 2005.

³⁰ En este sentido Binder afirma que lo inadmisibile es, pues no la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla. De manera que se refiere a la necesidad de que la persecución penal, la intervención del aparato estatal en procura de una condena sólo se pueda poner en marcha una vez para evitar que un ciudadano pueda estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho (BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad- Hoc., Buenos Aires, p. 167 y ss.).

³¹ Conf. C.S.J.N. “Taussing, Jorge” s/art. 109 del C.P., del 30/4/91 y “Peluffo, Diego”, del 6/2/96, publicado en La Ley, 1996-B, p.646.

³² CARRIO, Alejandro; *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p.445, citado por César SAN MARTIN CASTRO, Dino Carlos CARO CORIA y José Leandro REAÑO PESCHIERA en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir*, Lima, 2002, p.377.

puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho³³.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

En otras palabras, y desde una interpretación mucho más amplia, mediante el *ne bis in idem material* se proscribe el ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa decidida o de cosa juzgada³⁴. De esta manera se evita, no el doble procesamiento, sino un nuevo y segundo procesamiento, utilizando los mismos argumentos que fueron utilizados en la resolución definitiva.

La cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro de un mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material). En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal y hacia futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento por los mismos hechos³⁵.

Las resoluciones judiciales que ponen fin definitivamente al proceso penal producen los efectos de la cosa juzgada material. De esta forma no se trata sólo de sentencias, sino también de los autos de sobreseimiento, al ser considerado como negación anticipada del derecho de penar del Estado.

Otra de las manifestaciones del *ne bis in idem* material es la llamada “cosa decidida”, la misma que otorga seguridad jurídica a las decisiones de los órganos administrativos. Ahora bien, es válido cuestionarse si la decisión de archivo definitivo de la denuncia por el Fiscal constituye o no cosa juzgada. Mi respuesta es negativa, en tanto ésta última (la cosa juzgada) resulta ser una institución propia de la función jurisdiccional dentro de un proceso regular. Además, como sostiene Sánchez Velarde³⁶, si bien tal decisión Fiscal genera el estatus de inamovible “*por cuanto la misma persona y por los mismos hechos ya resueltos no podrán ser objeto de una nueva denuncia*”, sin embargo podría

³³La justicia supranacional ha abordado, principalmente, este tema en el caso “Loayza Tamayo” mediante sentencia contenciosa de fecha 17 de septiembre de 1997, ha sostenido sobre el *ne bis in idem* que: “(...) Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos....”.

³⁴Entre otros autores SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., considera que el artículo transcrito *supra* reconoce plenamente el sentido material del *ne bis in idem*, porque implica la interdicción de la sanción múltiple frente al mismo injusto. (Ver: *Conocimiento científico y fundamento del derecho penal*, Lima, 1999, p.98 y nota al pie N° 351).

³⁵SAN MARTIN CASTRO, César y otros; *op. cit.*, p.388.

³⁶SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 457.

reabrirse o iniciarse una nueva investigación preliminar sobre los hechos o imputaciones archivadas en su momento por la Fiscalía “*sólo en los casos donde nuevos e importantes elementos probatorios no conocidos por anterioridad por el Ministerio Público, y siempre que los mismos revelen la necesidad de la investigación del hecho punible*”³⁷.

Otros autores en cambio, entiende que el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer una pretensión sancionadora (tanto en el campo administrativo como judicial), si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso³⁸. El error del Estado no puede pagarlo el imputado.

2. En su vertiente procesal, tal principio significa que “*nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos*”, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos penales o procedimientos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución de EEUU denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de sanción sobre una persona.

Asimismo, el *ne bis in idem* procesal, es distinto a la cosa juzgada -que es una consecuencia normativa atribuida a las resoluciones judiciales- y a la cosa decidida -que es una consecuencia normativa de las decisiones administrativas-, sino que supone simplemente la prohibición de dos o más persecuciones administrativas, judiciales y administrativas-judiciales paralelas, y tiene que ver con los límites que es preciso imponer en un terreno en el cual una de las partes – el Estado- va a tener atribuciones privilegiadas frente al administrado o procesado.

De León Villalba³⁹ afirma que si bien el principio de *ne bis in idem* en su vertiente material debe entenderse desde la conjunción de los principios de legalidad y proporcionalidad; en su vertiente procesal, queda vinculada a la idea de seguridad de las relaciones procedimentales en estado puro, garantizando que el sujeto no se va a ver sometido a la carga de sufrir varios procesos por la misma conducta.

³⁷URQUIZO OLAECHEA, José; *El Principio de Legalidad. Horizonte*, Lima, 2000, p. 134. Sostiene que el riesgo del doble enjuiciamiento afecta la seguridad jurídica individual, en cuanto se tiene incertidumbre sobre la intervención del ordenamiento jurídico. La doble persecución carga con el estigma de inseguridad respecto de un primer resultado y sus alcances frente a una resolución judicial o administrativa.

³⁸VELA GUERRERO, Anderson; *El ne bis in idem y el derecho sancionador peruano*, en Revista Jurídica del Perú, N° 39, octubre, 2002. Sostiene que el principio de *ne bis in idem* no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso sino que existe antes de él, es un “regulador” del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en el *ius puniendi* del Estado.

³⁹DE LEON VILLALBA, Francisco Javier; *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona, 1998, p. 500.

A modo de resumen, desde la perspectiva material del principio de *ne bis in idem*, éste se manifiesta tanto en la cosa juzgada como en la cosa decidida, sin embargo, aquél principio ha demostrado tener una mayor amplitud pues no sólo comporta la prohibición de una sanción subsiguiente, sino también que se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que una misma persona sea perseguida al mismo tiempo en dos o más procesos diferentes.

De esta forma, el ordenamiento establece un correctivo (el principio de *ne bis in idem*) que permite evitar el doble procesamiento o sanción a la misma persona por los mismo hechos y fundamento aún cuando normativamente se permite la multiplicidad de procedimientos sancionatorios. Caso contrario, ello entrañaría “una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la existencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”⁴⁰. Este correctivo es la excepción de litispendencia.

IV c. Triple identidad

Para verificar la existencia o no de una persecución múltiple, parte de la doctrina⁴¹ requiere la conjunción de tres identidades:

- 1) un mismo sujeto (*eadem persona*)
- 2) idéntico hecho (*eadem res*)
- 3) igual causa de persecución (*eadem causa pretendi*)

c. 1) el mismo sujeto

El *ne bis in idem* es una regla política de protección de la seguridad individual, por lo tanto el riesgo de un nuevo juicio está condicionado por la persona que ya ha sufrido un proceso anterior. Vale aclarar que la noción de persona, entendida como centro de imputación de derechos y obligaciones (conf. artículo 31 del Código Civil), permite extender la protección constitucional a favor de personas físicas y jurídicas.

El artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación establece, como exigencia esencial del instituto, la conjunción de dos extremos: doble persecución penal y que ella tenga por objeto el mismo hecho.

En torno al primero de los requisitos, puede afirmarse que “para que exista una persecución de esa índole debe haber un acto judicial que, de alguna manera, le impute a una persona participación en una infracción para someterla a proceso. Imputaciones de este carácter existen tanto cuando contra una persona se ha dictado auto de procesamiento, como cuando una persona, en el carácter de autor o partícipe en una infracción penal, ha sido citada, detenida o indicada”⁴².

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 77/1983 del 3 de octubre de ese mismo año.

⁴¹ MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2002, p. 595 y ss.

En palabras del profesor De la Rúa, la condición de imputado es la premisa sobre la cual actúan las garantías individuales en el proceso penal⁴³, lo cual coincide con los términos contenidos en los arts. 72 y 73 del Código Procesal Penal de la Nación.

La identidad de la persona perseguida penalmente en varios procesos es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Debe tratarse entonces del mismo imputado⁴⁴ o administrado en una y otra persecución estatal. Se plantean serias dudas, todavía no superadas en doctrina, cuando es sujeto pasivo del procedimiento administrativo una persona jurídica y del proceso penal una persona física.

Desde un plano formal, se puede concluir que no existe identidad subjetiva, pues las personas jurídicas y las personas físicas son entidades normativamente diferentes. Sin embargo, desde una perspectiva material, Pérez Manzano considera que la postura tradicional que no admite la identidad subjetiva en caso que concorra la persona jurídica en el procedimiento administrativo y la persona física en el proceso judicial, parte de un error, el cual consiste en admitir la existencia de dos entes jurídicos autónomos con capacidad de sanción (capacidad de acción y capacidad de culpabilidad): “la infracción de la norma atribuida a la persona jurídica deriva de la infracción realizada por la persona física”⁴⁵.

En contra de esta idea, se podría decir que no sólo la persona jurídica tiene materialmente capacidad de responder penalmente ante un delito (capacidad de acción en sentido formativo: capacidad de evitar individualmente un riesgo prohibido por el derecho y capacidad de culpabilidad: por defecto de organización)⁴⁶, sino que – lo más importante- no debe de olvidarse la distinta “naturaleza” de ambos sujetos de derechos. De este modo, si el ordenamiento reconoce la personalidad jurídica de un ente, diferente de la personalidad de quienes lo integran, entonces, sólo cabe a las autoridades tratarlos de forma distinta.

En todo caso, la necesidad del cumplimiento del requisito de la identidad subjetiva es también puesta en tela de juicio en situaciones en que se desvirtúa, mediante sentencia firme, el carácter antijurídico del hecho

⁴²NUÑEZ, Ricardo C.; *La garantía del 'non bis in idem' en el Código de Procesamiento Penal de Córdoba*, en Revista de Derecho Procesal, año IV, 4 trimestre 1946, p. 317.

⁴³DE LA RUA, Fernando; *Proceso y Justicia*, Buenos Aires, 1980, P. 310.

⁴⁴CREUS, Carlos; *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 267. Considera que, en abstracto, imputado es toda aquella persona de existencia física, que es indicada, en un acto del proceso, como partícipe en el hecho que se investiga o se va a investigar, nominándola o individualizándola de otro modo en los actos iniciales (denuncia o querrela) o disponiendo contra ella medidas de coerción (detención o citación). Basta dicha indicación para que la persona de que se trate pueda comparecer a ejercer los derechos que la ley le otorga, reclamando las garantías que lo amparan en el proceso.

⁴⁵PÉREZ MANZANO, Mercedes.; *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, p. 125 y ss.

⁴⁶La amplitud de este tema no pretende ser discutida en este trabajo. Ver: Entre otros autores, a REATEGUI SÁNCHEZ, James; *La presencia de personas jurídicas como característica del moderno derecho penal del riesgo y las propuestas de imputación de corte individual*, en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/james0504.pdf>

perseguido; por ejemplo, si es que ha quedado demostrado que la muerte fue causada por caso fortuito o de forma natural. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él o ella, sino –como en este caso- frente a terceros.

Para dar cumplimiento a este requisito vale el principio *ne inter alios judicata alius neque nocere neque prodesse potest* y se protege exclusivamente a quien ha sido perseguido mientras esa persecución se mantenga y no haya sido concluida por sobreseimiento o sentencia absolutoria o condenatoria firme⁴⁷.

c. 2) el mismo hecho

El segundo elemento, la identidad del objeto de persecución (identidad objetiva), nos indica que la imputación tiene que ser idéntica. Eso sucede cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Se trata de una identidad fáctica, no de una identidad de calificación jurídica. Basta que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas en el segundo sean distintas de las conocidas en el primero.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado los criterios que sirven para establecer si sobre la materia del nuevo proceso ya hay cosa juzgada o se da un supuesto de litispendencia. Para eso se han fijado cuáles son los requisitos que deben concurrir para establecer si se está frente a un doble juzgamiento constitucionalmente proscripto⁴⁸.

La identidad del objeto material del proceso (*eadem res*) se refiere a una identidad real y no jurídica, la confrontación debe hacerse entre dos supuestos de hecho mirados en su materialidad y no en su significación jurídica. La identidad no es de delitos imputados, sino de hechos imputados.

La identidad del objeto material del proceso debe referirse al “hecho principal”, el que no se transforma en virtud de modalidades suyas ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho primitivo quede intacta⁴⁹.

La aplicación del *ne bis i idem* no impide perseguir a una persona por el mismo delito sino por el mismo hecho, entendido como “acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla”⁵⁰.

Lo dicho no significa desconocer que la prohibición constitucional contra la persecución múltiple fue establecida para proteger a un individuo de estar

⁴⁷CLARÍA OLMEDO, Jorge A.; *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Buenos Aires, 1960, p. 251.

⁴⁸Conf. artículos 18, 33 y 75, inciso 22°; artículo 8.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación.

⁴⁹NUÑEZ, Ricardo C.; *La garantía...cit.*, p. 318/323.

⁵⁰MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo 1, Fundamentos, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 607).

sujeto a los azares del enjuiciamiento y posible condena más de una vez por un supuesto delito. Significa que la identidad del objeto prescinde de cualquier valoración jurídica del hecho. Se trata de impedir que la imputación concreta se repita, más allá del significado jurídico que se le asigne al comportamiento en uno u otro proceso judicial.

Como señala Maier, no es necesario que se trate de un hecho verificado, sino tan sólo atribuible como existente, es decir, hipotéticamente afirmado como real: “dos objetos procesales son idénticos y no permiten persecuciones penales distintas, simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aun cuando sólo sea afirmadas hipotéticamente como ciertas”.

Y como lo mencioné anteriormente, la idea fundamental es evitar que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad⁵¹.

Impedir la persecución penal múltiple bloquea un nuevo proceso (sobre un mismo hecho) por más que la calificación jurídica sea distinta. Lo que interesa no es la calificación legal sino la materialidad de la conducta. La modificación en el título de imputación no modificará la identidad del hecho. De otro modo, el vigor de la garantía quedaría seriamente amenazado.

El “hecho” está referido a una perspectiva real de algo que ocurrió en un lugar y en un momento determinado. Esta regla únicamente exige que se trate del mismo acontecimiento histórico que el del juicio anterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero. Para considerar que dos hechos son iguales tendrán que coincidir en lugar, tiempo de comisión, forma, modo y resultado, o sea deberán ser asimilables desde la óptica del tipo objetivo.

Asimismo el enfoque normativo exige que el hecho histórico se refiera a una norma penal, lo cual obliga atender al bien jurídico afectado para seguir sosteniendo la igualdad de los hechos. La referencia normativa también se encamina hacia la norma penal que regula los casos de concurso ideal o material (artículos 54 y 55 del Código Penal), como a la que define al delito continuado.

c. 3) la misma causa

Por último, la identidad de la causa de persecución refiere al mismo motivo de persecución y que no es igual a decir a “el mismo bien jurídico”. El elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto. Es en este

⁵¹ Según dictamen del Procurador General de la Nación en Fallos 298:736.

elemento donde emergen las más radicales críticas al concepto de “lo mismo”, especialmente en la relación material penal-administrativa.

Como veremos más adelante, la postura dominante subraya que la potestad sancionadora del Estado es una sola, de allí que la infracción de la norma penal y administrativa, así como sus correspondientes sanciones, constituyen una misma manifestación del *ius puniendi* del Estado, que se articula con criterios de utilidad en función de la organización social y política constitucionalmente trazadas. Así, el concepto de *ius puniendi* responde a la existencia de una potestad sancionadora general, la misma que se articula en dos brazos: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, los cuales no pueden ser compartimentos estancos, sino interdependientes y coordinados, protegiendo determinados bienes jurídicos cada uno, en razón a criterios de tipicidad excluyente⁵².

La nueva persecución queda prohibida aún cuando el contenido fáctico de la imputación no haya sido agotado por la primer decisión jurisdiccional, siempre que haya tenido la posibilidad de abordarlo.

Entonces, habrá identidad de la causa de persecución cuando el tribunal del primer proceso haya tenido atribuciones para examinar el hecho en que se basó la imputación, frente a todos los encuadramientos jurídicos penales posibles⁵³, es decir si tuvo libertad para aplicar el derecho a los hechos propuestos (*iura novit curia*).

La identidad de la causa es más compleja que las anteriores por cuanto no se trata de comparar el caso anterior con el actual, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla del *ne bis in idem* y advertir los permisos que el ordenamiento jurídico confiere para perseguir más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho⁵⁴.

Coincido con quienes advierten en el principio del *ne bis in idem* una prohibición de doble valoración, es decir que se encuentra vedado valorar más de una vez una misma circunstancia en contra de un imputado. Esta idea es tomada por Patricia Ziffer⁵⁵ para argüir que las consideraciones reveladas por el legislador en el tipo penal, no pueden ser nuevamente tomadas por el juez para fundar el contenido de la pena. Ejemplifica su postura diciendo que no se puede agravar un homicidio porque el hecho culminó lamentablemente con una muerte.

⁵² Ver MAESTRE DELGADO, Juan Francisco, citado por ZUÑIGA FERNÁNDEZ, Tania; *La potestad sancionadora de la Administración Pública. Consideraciones para un debate doctrinario*, en Revista Jurídica del Perú, Año 51, N° 21 (abril 2001), p. 15.

⁵³ CAFERATA NORES, José; *La garantía del non bis in idem ¿implica la misma causa de persecución?*, Buenos Aires, La Ley, 1996-B, p.664.

⁵⁴ MAIER, Julio; *ob.cit.*, p. 623.

⁵⁵ ZIFFER, Patricia; *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 106; *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 7, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

En palabras del profesor Zaffaroni⁵⁶, la doble valoración pone en jaque la coherencia interna de la sentencia y su transgresión concede remedios procesales. Ese razonamiento se desprende de que a nadie puede desvalorársele doblemente la misma circunstancia, lo cual deriva del principio *ne bis in idem*.

Si bien podríamos pensar que el impedimento de la doble valoración se aplicaría a un solo pronunciamiento, entiendo que también resulta útil cuando existen dos sentencias y, por lo tanto, los tribunales intervinientes podrían unificar penas o aplicar las reglas del concurso ideal, según corresponda, para mitigar las consecuencias por la transgresión del principio.

Para enfatizar las consideraciones volcadas, vale señalar que el *ne bis in idem* sirve al mantenimiento de la seguridad jurídica:

*garantiza la firmeza de una sentencia (*res iudicata*) y así la paz jurídica. La sentencia es el punto final y descarta la posibilidad de que el Poder Judicial tenga que ocuparse de nuevo de algún asunto.

*protege al individuo. Quien haya sido enjuiciado firmemente por un cierto supuesto de hecho tiene el derecho subjetivo a que no lo persigan de nuevo. Se trata de un principio de protección judicial del ciudadano contra el *ius puniendi* del Estado y asimismo forma parte del derecho a un proceso justo y legal.

El principio del *ne bis in idem* es tratado por la literatura jurídica como un elemento del derecho procesal penal que establece un equilibrio entre los intereses del acusado y del fiscal. Y sea entendido como expresión de los derechos humanos del acusado o como limitación de las posibilidades del orden jurídico en camino hacia el enjuiciamiento perfectamente justo, en realidad estamos hablando de las dos caras de la misma moneda.

V. EL RECONOCIMIENTO DEL *NE BIS IN IDEM*

El principio procesal de *ne bis in idem* adoptado por nuestro ordenamiento legal y supra legal posee sus antecedentes en la Antigua Grecia y en el Derecho Romano, y fue posteriormente recepcionado por el Derecho Anglosajón.

El fundamento de esta regla constitucional radica en los acontecimientos históricos determinados por una filosofía liberal en base a la cual la Constitución Nacional reconoció a los derechos individuales como preexistentes a la Ley Fundamental. De esta manera, se entiende que las garantías son concebidas a favor de los individuos para hacerlas valer frente al poder punitivo de las autoridades.

Aquella concepción socio-liberal fundadora del principio, fue rápidamente valorada por la Corte de los Estados Unidos de la siguiente manera: “no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito,

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que aún siendo inocente, sea hallado culpable (“Green vs. United Status” -355 US 184, 1957)

La V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es fuente de la doctrina procesal de nuestro país y de las garantías constitucionales en el proceso penal que adoptó nuestra Constitución.

El principio de *ne bis in idem* nace en la Constitución Nacional de 1853 en el artículo 33 como una de las garantías no mencionadas⁵⁷, pero también como una garantía que se protege a través de la defensa en juicio comprendida en el art. 18 de la norma fundamental. Históricamente era entendido como un principio básico del derecho procesal y se encontraba previsto en el art. 7 del viejo Código en Materia Penal de 1888.

V a. En el ordenamiento interno

El resguardo frente a la doble persecución penal goza, indudablemente, de un sólido arraigo. Consagrado actualmente en instrumentos internacionales adoptados por gran cantidad de países del mundo, puede afirmarse que se trata de un principio de vigencia universal.

El principio no aparece expresamente formulado en la Constitución Nacional pero, por vía jurisprudencial, se le ha dado ese rango como integrante del derecho de defensa en juicio (artículo 18) y como parte de las garantías no enumeradas por la Constitución y que surgen del sistema republicano de gobierno (artículos 1° y 33)⁵⁸.

La diferencia del texto de la Constitución Nacional respecto del que fue su fuente de inspiración, el de la de los Estados Unidos, no ha sido óbice para que el rango constitucional del principio se encuentre reconocido sin discusión.

Los tratados internacionales que consagraron expresamente el principio reforzaron las decisiones de la Corte que, tanto antes como después de su ratificación por ley y de su incorporación al texto constitucional, le atribuyeron igualmente el mismo rango fundamental. Las interpretaciones sinuosas tampoco han variado a partir de la ratificación o de la incorporación al texto constitucional.

Desde la jerarquización constitucional de los tratados, a partir de la reforma de 1994, el *ne bis in idem* fue recepcionado en nuestra Constitución a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁷ DAYENOFF, David Elbio; *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, García Alonso, Buenos Aires, 2005, p.13. En este sentido el autor expresó: “Este principio proscribela múltiple (dos o más) persecución judicial por un mismo hecho, y está implícito en el artículo 33 de la Constitución Nacional”.

⁵⁸ Fallos 299:221; 292:202 y 308:84.

El llamado Pacto San José de Costa Rica enuncia: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos” (artículo 8°, inciso 4). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país (artículo 14, inciso 7). A su vez, el Código Procesal Penal de la Nación establece en su artículo 1°: “nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”.

En el fallo más antiguo de la CSJN⁵⁹ se indicó que la prohibición del doble juzgamiento, además de estar consagrada en la ley procesal resultaba implícita en la garantía del debido proceso contenido en la Constitución Nacional, inspirado en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos.

El *ne bis in idem* fue incorporado en el artículo 1 del Código Procesal Penal de la Nación en cumplimiento del mandato constitucional, en el artículo 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y por otros códigos locales y provinciales. Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo prevé para las contravenciones. Pero esa previsión es doble, por un lado en el artículo 8 del Código de Contravencional y de Faltas: “Nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho”; y por el otro en el artículo 4 del flamante Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Nadie podrá ser perseguido ni encausado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal, el título o el grado del delito o la forma de participación atribuidos”.

Entiendo que esta última incorporación retoma la discusión de si se trata de una regla de forma o, como lo entiende la Ciudad de Buenos Aires, de fondo. Pero no se trata de una discusión de la que corresponda ocuparse en este trabajo.

Las constituciones provinciales disponen sobre la materia con fórmulas variadas que aluden al principio de dos formas⁶⁰. Una como reacción penal material (condena, pena o castigo) a la consecuencia de la perpetración de un hecho punible. Y la otra como un reaseguro de la seguridad del imputado que lo cubre del riesgo a ser perseguido nuevamente cuando la persecución anterior ha fenecido o está en trámite.

En el próximo acápite, cuando repase la reseña de fallos de la Corte, se notará que la interpretación más afirmada en lo que concierne a la extensión de la garantía propone que el principio del *ne bis in idem* puede ser invocado desde que se abre un nuevo proceso sin que tener que esperar la sentencia.

V b. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

⁵⁹ Fallos 248:232, del 4 de noviembre de 1960, “Justiniano Luis Pereyra”.

⁶⁰ MAIER, Julio; *Derecho Procesal*..., cit., Tomo I, p. 598/9.

El más antiguo de los casos en que aparece abordada la cuestión es, presumiblemente el de “Justiniano Luís Pereyra”⁶¹. No ha sido un precedente rescatable pese a lo cual, curiosamente, se lo invoca como fuente autoridad hasta la actualidad. El caso en sí mismo es verdaderamente anecdótico. Pereyra fue condenado como autor de homicidio con exceso en la legítima defensa. La pena fue graduada considerando como circunstancia de agravación las heridas en el rostro causadas a la víctima después de muerta. El tribunal que la impuso ordenó, al mismo tiempo, abrir nuevo proceso para determinar si esas heridas constituían una tentativa imposible del delito de lesiones, cuestión que fue resuelta afirmativamente en el segundo fallo. Este último fue materia del recurso extraordinario que la Corte desestimó por considerarlo tardíamente interpuesto ya que, sostuvo el máximo tribunal, debió haberse deducido contra la primer sentencia que ordenaba el nuevo proceso. La cuestión que nos interesa, designada siempre como “*non bis in idem*” (y no “*ne bis in idem*”) fue abordada en un *obiter dictum* a mayor abundamiento y con una salvedad francamente contrastante con la manera rotundamente afirmativa que luego fue empleada en la mayoría de los abordajes posteriores. La afectación del derecho de defensa en juicio por la reiteración de procesos está tratada por la Corte admitiéndola meramente a título de hipótesis. El inexplicable prestigio adquirido por este curioso fallo tal vez se deba al dictamen del Procurador General que lo antecede, tan ilustrado como absolutamente ignorado por el tribunal. Se puntualiza en él que la prohibición de doble juzgamiento, además de estar consagrada en una norma expresa de la ley procesal, resulta implícita en el resguardo del debido proceso contenido en la Constitución Nacional, inspirado en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos⁶².

Recién en 1968, con el más prestigioso de los fallos dictados por la Corte en materia de procedimiento penal, “Mattei, Ángel”⁶³, surge una afirmación concreta referida a la regla *ne bis in idem* (mencionada, como es habitual, como “*non bis in idem*”). Aunque la doctrina de este caso alude principalmente a la afectación del derecho de defensa en juicio por la excesiva demora del proceso, está claro que la regla constituye uno de los tres fundamentos legales en que se basa el fallo y que se la califica como pilar básico del ordenamiento penal señalándose su fundamento garantizador y su raigambre constitucional. No está dicho cuál es la disposición constitucional que la contiene pero parece poder deducirse que sería el resguardo de la defensa en juicio del artículo 18. En este fallo, la Corte reafirmó el *ne bis in idem* considerando los principios de preclusión y progresividad en base al de seguridad jurídica e impidiendo la retrogradación del proceso. Así entendió que una de las consecuencias de la prohibición se deriva de la imposibilidad de que un juicio se retrotraiga a etapas procesales cumplidas para las formalidades que la ley establece. Si el Estado tuvo la posibilidad de condenar a un imputado y no lo hizo, precluyó la posibilidad de hacerlo. El individuo puede correr el riesgo de ser condenado por un hecho una sola vez. Por efecto de la preclusión, adquieren carácter firme los

⁶¹ *idem*

⁶² Puede verse una completa reseña jurisprudencial de la CSJN en relación al *ne bis in idem* en el volumen *Garantías constitucionales en la investigación penal*, compilado por Florencia Plazas y Luciano Hazan, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁶³ Fallos 272:188

actos cumplidos dentro de la etapa procesal pertinente y se extinguen las facultades procesales que no se ejercieron durante dicha etapa.

En 1975, en el caso “Jacobo Belozercovsky”⁶⁴, si bien la Corte no mencionó expresamente la regla *ne bis in idem* ya que se basó en la defectuosa fundamentación del tribunal al que ordenó emitir nuevo pronunciamiento, sí invocó el dictamen del Procurador General que aludía de manera expresa a esa regla. Este último contenía una afirmación que iba a repetirse en casos posteriores con relativa frecuencia, la del rango constitucional que había sido reconocido reiteradamente por la Corte. No estaba claro cuál era la norma constitucional que respaldaba la afirmación ni eran tantos en ese entonces los precedentes que se decían reiterados.

Luego en “Martínez de Perón”⁶⁵ la Corte –abocada a discutir la existencia de “cosa juzgada” y sin siquiera mencionar la regla del *ne bis in idem*– hizo hincapié en que se trataba de una garantía no enumerada de la Constitución Nacional (artículo 33) no obstante lo cual se la consideraba aplicable al caso. Pero los argumentos seguían siendo endebles. El dictamen del Procurador se hacía cargo de la cuestión con citas de sus antecesores en el cargo y de la jurisprudencia de la misma Corte, así como de la corte estadounidense.

Esta doctrina parece inaugurar una serie de pronunciamientos posteriores que siguen ese mismo camino: proclamar con vehemencia el principio y desechar al mismo tiempo su aplicación.

No solamente la “cosa juzgada”; también la *litis pendentia* da pie a la aplicación de la regla según resulta reconocido en el caso “Ganra de Naumow” de 1977⁶⁶ en el que nuevamente se expide el Procurador General afirmando el reiterado reconocimiento por la Corte de la jerarquía constitucional del principio. Esta vez el dictamen se encuentra expresamente compartido por el tribunal con lo que este último hizo suya también la doctrina y la afirmación de ser reiterada su aplicación. Por otra parte, este fallo extiende el alcance de la regla vedando no solamente una nueva condena sino también un nuevo proceso.

Como consecuencia de esto último, planteo de nulidad de las actuaciones basado en la existencia de una condena anterior, también dio pie a la cuestión, ya que su desestimación conculcaba la posibilidad de impedir el nuevo proceso, basándose en el *ne bis in idem* reconocido constitucionalmente. Es lo que se estableció en el caso “Martínez de Perón” de 1978⁶⁷, aunque sólo con el alcance de permitir el recurso a la máxima instancia federal.

En el tratamiento concreto de la apelación extraordinaria el planteo resultó desestimado⁶⁸. Se entendió que no había doble juzgamiento con el proceso por aceptación de dádivas que ya había dado motivo a un acta de responsabilidad de la junta militar gobernante.

⁶⁴ Fallos 292:202

⁶⁵ Fallos 298:737

⁶⁶ Fallos 299:221

⁶⁷ Fallos 300:1273

⁶⁸ Fallos 302:210

Los criterios enunciados en “Ganra de Naumow” en cuanto al rechazo de la *litispendencia* y en “Martínez de Perón” en cuanto a la admisión del recurso federal de excepción, requirieron ser acotados al poco tiempo. Dos años después, en 1979, en “Lázaro Schpoliansky”⁶⁹ la Corte impidió el acceso a la instancia federal por considerar insuficiente gravamen la reiteración de procesos invocada por quien recurría de la desestimación de un planteo de *litispendencia* hecho con sustento en la garantía de doble persecución.

El criterio consecuente en el sentido de admitir la vía de impugnación federal, afirmar el rango constitucional de la garantía y su afectación con la sola sustanciación de un nuevo proceso, reaparece con el fallo dictado en 1986 en “Oscar Juan Plaza y otros”⁷⁰ en el que el sobreseimiento de un procesado por contrabando habían sido oficiosamente anulado por un tribunal de apelación.

Otra vez, una muestra del vicioso apego a las modalidades inquisitoriales que pudo ser corregida con invocación del principio del *ne bis in idem*.

En cambio, la misma Corte no quiso invalidar la represión incrementada que el Código Penal aplica a la reincidencia, modalidad que quedó aprobada constitucionalmente y por ese fundamento. Es lo que sostienen, entre otros, los casos “Valdez”⁷¹ y “L’Eveque”⁷², ambos de 1988.

La línea principista enunciada en el caso “Plaza” fue abandonada nuevamente en 1989, en el caso “Weissbrod”⁷³, en el que se trataba de la anulación de una sentencia absolutoria por un tribunal de apelación que permitió un nuevo proceso basándose en que, durante la instrucción previa al juicio, se había omitido indagar al acusado por algunos de los hechos investigados. Se dio preeminencia así a la fase inquisitiva del proceso por sobre la etapa acusatoria. La Corte, por mayoría, desestimó la invocación del precedente “Mattei” pese a la obvia semejanza del caso, con el pretexto de que el recurso se había planteado contra la segunda y no contra la primera sentencia, por lo que resultaba extemporáneo. Está citado expresamente en el voto mayoritario el viejo precedente Pereyra de 1960 que utilizaba un criterio idéntico.

Fueron interesantes los votos disidentes de los ministros Petracchi y Bacqué que advirtieron claramente que la anulación sólo tuvo el propósito de ahondar el interrogatorio inquisitivo.

La diferencia entre “Mattei” y “Weissbrod” es que en el primero se permitía renovar etapas superadas de un proceso viciado, siempre que sea en beneficio del imputado; mientras que en el segundo se permitía esa retracción para corregir defectos esenciales del proceso, sin importar que lo sea a favor del imputado o del Ministerio Público Fiscal.

Se aleja todavía más del precedente “Mattei” otro fallo de 1989: “Emilio

⁶⁹ Fallos 301:918

⁷⁰ Fallos 308:84

⁷¹ Fallos 311:552

⁷² Fallos 311:1451

⁷³ Fallos 312:597

Segundo Frades”⁷⁴, que dejó sin efecto una sentencia absolutoria dictada por una cámara de apelación que se basaba en la nulidad del libelo acusatorio. El criterio de la Corte en este caso condujo a que los vicios de la acusación redunden en beneficio del causante de los vicios. Para poder sortear el escollo de la clara doctrina de “Mattei” el máximo tribunal se atuvo a un único argumento: las restricciones que la demora ocasionaba al procesado no eran tan graves como las de aquel otro caso: habían transcurrido apenas tres años y ocho meses desde la iniciación del proceso.

Contrastante con el caso anterior, en 1991, en “Taussig”⁷⁵, los yerros de la acusación fueron considerados insalvables y se hizo aplicación de la doctrina de “Mattei” y del rango constitucional de la prohibición de doble persecución penal para impedir una nueva querella por delitos contra el honor de quien no llevó adelante una anterior. Desde luego que el carácter privado de la acción de esa clase de delitos puede marcar una diferencia con el caso anterior. Lo curioso es que esa diferencia debiera conducir al resultado exactamente inverso: la más importante fundamentación de la prohibición es evitar que el estado, con todos sus recursos, pueda efectuar repetidos intentos de juzgar criminalmente a un imputado, fundamentación que no surge en el caso de ser un particular el acusador y sí, en cambio, cuando quien acusa es el representante del estado. La otra explicación del contraste podría ser el hecho de que, al considerar abandonada la primera querella, el tribunal dictó un sobreseimiento que el querellante consintió. Sin embargo, a estar a la narración contenida en el dictamen del Procurador General, parece tratarse de un sobreseimiento inapropiado que bien pudo evocar la doctrina antes señalada en “Martínez de Perón” en el sentido de que ese tipo de pronunciamientos carecen del efecto de cosa juzgada.

Contradiendo esta última posibilidad, en 1996 la Corte, en la causa “Peluffo”⁷⁶ consideró imperativo el dictado de un sobreseimiento con valor de cosa juzgada que impidiera al damnificado querellarse por delitos contra el honor luego que quedara extinguida -por derogación de la ley-, la acción por delito de desacato. El Alto Tribunal expresamente desautorizó el temperamento adoptado por la instancia anterior que se limitó a ordenar el archivo de actuaciones con el propósito de evitar la cosa juzgada y la obstaculización al derecho del particular damnificado de querellarse por hechos de acción privada. Nuevamente encontramos un criterio contradictorio con el fundamento de la prohibición de doble persecución: poner límites a las potestades de los órganos del estado, no a los derechos de las víctimas.

Hubieron de pasar dos años para que la buena doctrina reapareciera. En el caso “Polack”⁷⁷ resuelto en 1998 fue considerada violatoria de la garantía contra la doble persecución la sentencia del tribunal superior que anulaba el fallo de absolución y el debate previo, en razón de errores y vicios de la acusación. Los considerandos de este fallo de la Corte son verdaderamente destacables y enuncian claramente algunos principios que era indispensable

⁷⁴ Fallos 312:2434

⁷⁵ Fallos 314:377

⁷⁶ LL 1996, B-644

⁷⁷ Fallos 321:2826

ratificar. Por un lado, que la garantía del debido proceso ha sido establecida a favor del acusado (considerando 15) y, por otra parte, que la garantía contra la doble persecución reconoce por fundamento sustancial que: "...no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito..." (considerando 17).

De todos modos, esa clara doctrina, tan oportuna para corregir una viciosa práctica lamentablemente reiterada en nuestros tribunales: la de las anulaciones que, con el pretexto de preservar el derecho al debido proceso, sólo conducen a dar nuevas oportunidades de persecución penal, no puede decirse que se encuentre firmemente asentada en la jurisprudencia de la Corte. Pocos meses antes del fallo "Polack", en el caso "Alvarado"⁷⁸ resuelto el 7 de mayo de 1998, había quedado fijado un criterio contradictorio con aquél, cuando la Corte dejó sin efecto un fallo de apelación que, frente a nulidades atribuidas al trámite procesal, optaba por absolver al acusado. Es decir, en otras palabras, la Corte hizo lo que luego criticaría en el caso "Polack": anular una absolución para dar nueva oportunidad a la persecución oficial. Ese mismo temperamento es el que se mantiene en otros tres casos posteriores que parecen ignorar por completo lo proclamado en "Polack". Se trata de los casos "Acosta"⁷⁹; "Bianchi"⁸⁰ y "Verbeke"⁸¹. En todos esos casos queda sí, una valiosa disidencia invariablemente puntualizada por uno de los jueces, el Dr. Petracchi. Está planteada esa disidencia, a partir de un interrogante verdaderamente esclarecedor: ¿Es posible que, en un caso en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?

Una cuestión distinta, raramente abordada en fallos de la Corte, es la del concurso de delitos y el delito continuado. Es lo que aparece tratado en el caso "Pompas"⁸² del 3 de diciembre de 2002 con la conclusión de que al calificarse como delitos reiterados —es decir materialmente concurrentes— hechos que, según el Máximo Tribunal, eran constitutivos de un delito continuado, se transgrede la garantía del *ne bis in idem*. La doctrina es trascendente en varios aspectos. Primero porque deja de lado la proverbial abstención de la Corte de considerar el alcance o la interpretación de los tipos penales, invariablemente desechada como cuestión de hecho y derecho común no susceptible de revisión federal. En segundo lugar, porque enuncia de manera clara que la garantía tiene rango constitucional con cita exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, sin aludir a su carácter implícito en el texto de la Carta Magna ni a la figura del debido proceso o a la defensa en juicio. Por último, porque sugiere la posibilidad de llevar a la instancia federal extraordinaria muchas cuestiones de interpretación de figuras penales. Con tal que se haya invocado la aplicación arbitraria de las reglas del concurso de delitos en vinculación con la garantía del doble juzgamiento surge una cuestión federal simple. Aparte de eso, hay otro aspecto del fallo que conviene destacar

⁷⁸ Fallos 321:1173

⁷⁹ Fallos 323:929

⁸⁰ Fallos 325:1404

⁸¹ Fallos 326:1149

⁸² Fallos 325:3255

y que también tiene alcance innovador: la admisión del recurso no obstante su extemporaneidad. Haciendo hincapié en la existencia de serios motivos para estimar la índole federal de la cuestión, se resuelve soslayar la extemporaneidad del planteo. No se alude para nada a los precedentes de 1960 “Pereyra” y “Weissbrod” de 1989 que se aferraban rígidamente al requisito de la interposición oportuna y que quedan de esa manera desestimados.

El fallo “Pompas” merece todavía otra observación: la interpretación legal de la configuración del delito de administración infiel del artículo 173 inciso 7° del Código Penal. En una enunciación de alcance genérico se sostiene que: “...si una es la administración, una es, también, la conducta fraudulenta...”. La crítica de esa apreciación excede los propósitos de este trabajo por lo que la dejo de lado.

En 2003 se registra otro caso que merece comentario por la notoriedad del imputado, por el caso en sí y por el contenido de la decisión. El 21 de agosto de 2003, en el fallo “Videla, Jorge Rafael” aparece tratada con cierto detenimiento la cuestión que nos ocupa. La Corte Suprema, no obstante desestimar el planteo de doble persecución, aprovechó la oportunidad para hacer un *obiter dictum* y enunciar una serie de conclusiones ilustrativas. En el considerando 8° se puntualiza: 1) el carácter garantizador del principio y su origen en la enmienda V de la constitución de los Estados Unidos; 2) su reconocimiento implícito en la Constitución Nacional como garantía no enumerada; 3) su incorporación de manera expresa por la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 75 de la Carta; 4) su extensión a los casos de nuevo proceso, es decir su aplicación aún antes que haya una segunda sentencia; 5) la adopción del temperamento que propician los autores de la doctrina para determinar cuando es que existe doble persecución, vale decir la verificación de que se dan las “tres identidades” (de personas, objeto y causa). Otra precisión significativa aparece en el considerando 10° en el que se señala que la duplicidad prohibida es la que concierne al hecho, no la relativa a las diferentes configuraciones legales posibles.

Es realmente importante recordar la excepción a la regla que configuran las persecuciones por delitos de lesa humanidad. La inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final implican una “segunda oportunidad” a favor del Estado para esclarecer los delitos cometidos durante la dictadura militar que gobernó en los años ‘70 y ‘80. En este sentido, existen numerosos documentos y jurisprudencia internacionales avalando una relación diferente entre el principio del *ne bis i idem* y los delitos de lesa humanidad. Recordemos sino la sentencia de la Corte Americana de Derechos Humanos, del 14 de marzo de 2001, en el caso “Barrios Altos” señalando la incompatibilidad de la Convención con las leyes de obediencia debida y punto final; y si bien no se refirió expresamente al principio que estamos estudiando, un razonamiento lógico nos conduciría a hacer extensiva esa incompatibilidad.

Entonces, si repasamos esta compilación notaremos que el Máximo Tribunal comenzó a dictar importantes fallos sobre el alcance del *ne bis in idem* desde la reforma procesal que incorpora la oralidad en los procesos penales. Hoy en

día, el verdadero juicio es el debate y la instrucción es un mero trámite preparatorio. Pero lo importante es que el principio de *ne bis in idem* puede ser invocado desde que se abre un nuevo proceso sin tener que esperar la sentencia.

V c. En el la tradición jurídica de Estados Unidos

La prohibición de juzgamiento múltiple se encuentra reconocida en la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Bajo la denominación *double jeopardy* se consagra la protección para que ninguna persona sea puesta en peligro de vida o de integridad física dos veces y por el mismo delito.

A pesar de que la enmienda V de la carta estadounidense no tiene equivalente alguno en la nuestra, la prohibición del “doble riesgo”⁸³ forma parte de nuestra tradición doctrinaria y jurisprudencial.

Para iluminar el alcance del *double jeopardy* la Corte de los E.E.U.U. señaló que tiene un rol protagónico en la escena de la justicia criminal norteamericana y que su protección no es sólo contra el gobierno federal sino contra el de los estados.

La protección que el *double jeopardy* ofrece al imputado podría quedar explicada en los cinco puntos que propone Mariano Borinsky en su artículo⁸⁴:

- 1-Luego de la absolución se lo expone, por vía de apelación o nulidad u otro proceso, a una condena. La única posibilidad de revisar la absolución se da cuando se le permite al gobierno federal perseguir y condenar con respecto a un hecho en el que la justicia federal estatal absolvió o no le interesó investigar.
- 2-Luego de ser condenado, se lo expone a otra condena por el mismo hecho a través de otro proceso.
- 3-Luego de un proceso finalizado anormalmente antes de la sentencia o veredicto del jurado, y después se intenta un nuevo juicio por los mismos hechos, sea a través de una apelación o de una declaración de nulidad.
- 4-Luego de ser condenado el imputado apela porque aquella se basó en una conducta maliciosa del fiscal, y excluida la prueba viciada no existen elementos suficientes para arribar a otra condena.
- 5-Se lo somete a castigos múltiples por la misma ofensa.

En síntesis, el *double jeopardy* protege contra procesos múltiples, contra sentencias múltiples dentro del mismo proceso y contra penas múltiples.

Dicho esto, estamos en condiciones de trazar algunas comparaciones entre la jurisprudencia de nuestra Corte y la estadounidense. La diferencia más relevante es que nuestra Corte admite revocar la sentencia absolutoria apelada por el fiscal y ordenar un nuevo juicio, siempre que aquella decisión haya sido producto de un juicio con vicios esenciales; lo cual es inadmisibles para la

⁸³ Se trata de la terminología de la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos: el doble riesgo de la vida o la integridad de los miembros por un mismo hecho: “*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*”.

⁸⁴ Artículo publicado en www.eldial.com del 12 de abril de 2005.

jurisprudencia del *double jeopardy*. No obstante, ambos tribunales son coincidentes en rechazar el recurso fiscal cuando responda a una manipulación para dejar sin efecto el primer juicio y recuperar la chance de condenar al imputado.

Otra diferencia radica en que nuestro orden legal resguarda al imputado o demandado, sin que se le exija ser procesado; en cambio en Estados Unidos el principio comienza a jugar a favor de una persona cuando exista “causa probable” de estar implicada en el delito, lo que puede asimilarse a la condición de procesado de nuestro sistema. Tal fue el criterio propiciado en el precedente “Polak” de la CSJN.

Siguiendo la línea jurisprudencial norteamericana, la Corte nacional introdujo en “Pompas” la idea de “unicidad de acto”, lo cual supone que frente a hechos repetidos dentro de un mismo acontecimiento histórico corresponde una única condena. La Corte de Estados Unidos también tiene dicho que determinados impuestos o multas pueden implicar una sanción penal y que por ello la etiqueta de la norma en “criminal” o “civil/administrativa” no tiene importancia decisiva. De modo que una persona que sufre una sanción penal, luego no podría soportar una civil o administrativa (por el mismo hecho) sin violar la *double jeopardy*. Nuestra Corte se ha expedido en el mismo sentido en la causa “Ramón De la Rosa Vallejos”⁸⁵, en el que impidió a la Aduana aplicar una sanción de multa y decomiso, luego de que la justicia penal concluyera sobre la inexistencia del contrabando.

Ambos tribunales supremos concuerdan en que la prohibición del juzgamiento múltiple no debe titubear frente a las leyes que permiten imponer penas más severas a quienes resultan reincidentes en el delito⁸⁶.

En resumen, el principio del *ne bis in idem* y la cláusula del *double jeopardy* apuntan al mismo blanco: evitar que el Estado, con todos sus recursos y poder, reintente condenar a un individuo, sometiéndolo a tratos humillantes y costosos.

V d. En otros países

⁸⁵ Sentencia del 10 de marzo de 1983; Fallos 305:246

⁸⁶ Fallos 311:552; 311:1451; 324:2153.

Colombia

El artículo 29 de la Constitución de Colombia establece el derecho a la debida defensa. Aunque la Constitución únicamente hace expresa la obligatoriedad de aplicación del *ne bis in idem* para violaciones al régimen penal, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia lo ha hecho extensible a todo tipo de actuación administrativa, incluyendo los procedimientos sancionatorios por violación al régimen cambiario, financiero, fiscal, y, en general, a todo tipo de actos en donde el Estado tiene la facultad de imponer sanciones a los administrados. Asimismo, ha sostenido la Corte Constitucional que la existencia de un proceso o sanción de naturaleza penal no implica el desconocimiento del principio *ne bis in idem* cuando se persigue castigar la misma conducta pero por violación de un régimen distinto, tal como sucede cuando un funcionario estatal roba dineros públicos y es responsable tanto penal como fiscal y disciplinariamente.

España

Como regla general, no se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos ya sancionados, pero la estimación de la excepción del principio *ne bis in idem* exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1) La identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que enjuicie y con independencia de quien sea el acusador u órgano concreto que haya resuelto, o que se enjuicie en solitario o en concurrencia con otros afectados.

2) La identidad fáctica supone que los hechos enjuiciados son los mismos, y descarta los supuestos de concurso real de infracciones en que no se está ante un mismo hecho jurídico sino ante varios. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1990: “es indudable que el principio *non bis in idem* no resulta vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas. La punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos no determina vulneración alguna de este principio precisamente por la diversidad de acciones sancionadas”.

3) La identidad del fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica. Si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, y cabrá el doble castigo de lo mismo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, del 21 de enero de 1990, con la condena en jurisdicción penal por un delito contra la salud pública y la condena por la Autoridad Gubernativa a la clausura del local donde se vendía la droga, en razón de que en el segundo supuesto se trata de prevenir el delito impidiendo la extensión y tratando de erradicar el comercio de drogas).

Otros ejemplos:

- Tribunal Supremo, Sala Tercera, en lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia del 12 de julio de 2001, número de recurso 428/1996.

Condena penal impuesta al ingeniero técnico y sanción administrativa recaída sobre la constructora por la muerte de un trabajador sin apreciación de vulneración del principio *ne bis in idem*.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala en lo Penal, Sección 1ª, del 11 de enero de 2007, número de recurso 1908/2006:

“Ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (3154/90 del 14 de octubre que la denominada excepción de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio *non bis in idem*, el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el artículo 25 de la Constitución como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito. Por otra parte, la doctrina de esta Sala, en orden a la estimación de cosa juzgada ha venido restringiendo los requisitos clásicos de identidad subjetiva, objetiva y causa de pedir, a los dos primeros, prescindiendo del título de imputación o calificación jurídica que pueda atribuirse a unos concretos hechos. Los requisitos son: i. identidad subjetiva (*eadem persona*) que en nuestro caso no plantea problemas, ya que ambas resoluciones se refieren al mismo individuo. ii. identidad objetiva (*eadem res*), iguales hechos, susceptibles de integrar uno u otro delito. Juzgado por ellos el acusado no podrá ser perseguido por los mismos hechos en razón a otra tipificación jurídico-penal (SSTS 622/2005, del 27 de mayo y 505/2006, del 10 de mayo)”.

Guatemala

El principio de Única Persecución se encuentra regulado en el artículo 17 del Código Procesal Penal (Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala), que en su parte conducente indica que “Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible nueva persecución penal: 1) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente. 2) Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en ejercicio de la misma. 3) Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas”.

Perú

En la Constitución Política peruana, el principio *non bis in idem* se encuentra implícitamente enunciado en el inciso 13) de su artículo 139º, que prescribe “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada”; y ya expresamente, la Ley Peruana 27.444, de Procedimiento Administrativo General, en el numeral 10 del artículo 230º de su Capítulo II, lo recoge disponiendo que: “No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7”.

República Dominicana

La constitución de la República Dominicana modificada en enero del 2010; establece en el artículo 69, numeral 5: “el principio *non bis in idem* al establecer: ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa.

Este principio estuvo presente en la anterior constitución del año 2002.

Reafirmando este concepto el Código Procesal Penal establece en su artículo 9 el principio de Única Persecución, por el cual “nadie puede ser perseguido, juzgado ni condenado dos veces por un mismo hecho”

V d. En el derecho penal internacional

En el derecho penal internacional, el debate sobre este principio no tuvo mayores efectos y las pocas discusiones que se gestaron en torno a la cuestión han derivado en problemas de jurisdicción, complementariedad y sanciones. Es contemplado como un derecho humano⁸⁷, en consecuencia, forma parte de varios convenios internacionales y regionales de derechos humanos. Por nombrar algunos de ellos: artículo 17, inciso 7, del Pacto Internacional de Derechos Humanos (PIDCP); artículo 8, inciso 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o “Pacto San José de Costa Rica”); y en el artículo 4 del protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CPDHLF).

La expresión estándar del *ne bis in idem* que se desprende de los documentos internacionales, se limita a estimular el funcionamiento de la protección en situaciones intranacionales, o sea que el alcance del *ne bis in idem* queda reducido a la órbita nacional y afecta a una sola unidad jurisdiccional.

Es así que no obstante el reconocimiento de los instrumentos legales, en el Derecho Internacional este principio no rige con igual intensidad en materia de extradición, tal como lo señaló el Comité de Derechos Humanos de la ONU: “la disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no consagra una obligación para los Estados de respetar esta garantía entre sí, sino solamente dentro del ámbito de su jurisdicción”⁸⁸. Sin perjuicio de ello, cada Estado deberá respetar las decisiones que en el ámbito interno adoptan los demás, y de esta manera se resguarda la garantía en cuestión.

Si bien países como Canadá y Holanda extienden los efectos de la protección a toda sentencia, independientemente de la corte que la dicte, la mayoría de los estados no están dispuestos a ceder su soberanía ni a desprenderse de la facultad de perseguir penalmente los crímenes intraestatales.

Cabe preguntarse ¿qué rol juega el *ne bis in idem* en el derecho penal internacional?

⁸⁷ DE LA CUESTA; *Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Relación General*, Revue internacionales de droit pénal 73, 2003, p. 737 y ss.

⁸⁸ DE LUCA, Javier Augusto; *Ne bis in idem, especialmente en el ámbito de las nulidades y recursos*, Revista del Ministerio Público Fiscal, p. 197.

Las concurrencias jurisdiccionales entre estados soberanos exige dar respuesta a las siguientes preguntas:

- a. ¿qué significa aceptar el *ne bis in idem* en la relación vertical, o sea en la relación entre jurisdicciones nacionales y tribunales internacionales?
- b. ¿cuál es el valor del *ne bis in idem* en una situación horizontal, o sea en relación a juicios de la misma corte o a juicios de diferentes tribunales internacionales?

A los fines de organizar la exposición, resulta atinado explicar que en primer lugar abordaré ambos cuestionamiento desde el régimen que proponen los Estatutos de los Tribunales Ad-Hoc para el *ne bis in idem*; y en segundo lugar, trataré los mismos planteos desde la óptica del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Hecha esta aclaración, las disposiciones incluidas en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal para Ruanda y en el artículo 10 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, coinciden en que la jurisdicción internacional tiene primacía sobre los tribunales nacionales de los estados miembros de la ONU.

La verticalidad que vincula a los tribunales nacionales con los tribunales internacionales *ad-hoc*⁸⁹ da primacía a estos últimos porque los tribunales *ad-hoc* fueron creados por las Naciones Unidas para una situación determinada, que en el momento de la creación del Tribunal ya estaba finalizada. La región y los países afectados ya no existían o, por lo menos, no mantenían un estado en funcionamiento capaz de llevar a cabo los juicios. La protección de la soberanía nacional contra intromisiones no constituía tarea urgente. Además del caso de Ruanda, Yugoslavia y Sierra Leona, también pueden mencionarse los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

La primacía absoluta de un tribunal internacional se da de arriba hacia abajo e imposibilitan la persecución de todos los hechos por parte de los Estados en la jurisdicción del Tribunal, incluso investigaciones ya comenzadas. A la inversa, los juicios de los tribunales nacionales no tendrán ningún efecto para los internacionales, quien puede investigar, a pesar de un juicio existente ante un tribunal nacional. En otras palabras, los juicios de los tribunales nacionales no tendrán ningún efecto *ne bis in idem* de abajo hacia arriba.

Pero esta primacía puede ser revertida si el tribunal nacional ya juzgó el mismo hecho como un crimen internacional –como los de guerra o lesa humanidad-. No siendo así, la regla de supremacía a favor del tribunal internacional se mantiene si aquél hecho fue sometido a juicio por una nación pero como un crimen de derecho común.

⁸⁹ SATZGER, Helmut; *El principio de ne bis in idem, particularmente de la doble penalización en el derecho penal internacional*, Revista El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia, El Derecho, febrero 2009, p. 5 y ss

Otro elemento que nutre la mencionada verticalidad es la falta de imparcialidad del tribunal nacional para juzgar hechos aberrantes cometidos en su territorio, razón por la que resulta conveniente asignarle esa competencia a un tercero que no tiene intereses en el resultado del juicio: ese es el rol del tribunal internacional.

En cambio, la vinculación horizontal difícilmente se da en el ámbito de los tribunales *ad-hoc*, porque ellos son las únicas entidades competentes para juzgar los hechos en las respectivas regiones (conf. artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, entre otros).

Pasemos ahora al régimen que establece el Estatuto de Roma para el *ne bis in idem*. Recordemos que por este Estatuto se creó la Corte Penal Internacional (CPI).

El Estatuto de Roma no establece, como los anteriores, la excepción de que un delito haya sido juzgado como crimen de derecho común. En cambio, sí dispone el efecto horizontal del *ne bis in idem* entre decisiones de la misma Corte, conforme el artículo 20, párrafo 1. En esa misma disposición, pero en el párrafo 3 “a” y “b”, dispone que en caso de que la Corte Internacional considere que el juicio ya realizado obedeció a la intención de sustraer al acusado de la justicia internacional, el principio *ne bis in idem* no tendrá efecto. Para el resto de los supuestos, sí reconoce entidad de cosa juzgada a los pronunciamientos de otros tribunales, aún los nacionales.

Vemos entonces cuales son las disparidades y similitudes entre los Estatutos de los Tribunales *Ad-Hoc* y el Estatuto de Roma. Según éste último, la Corte Penal Internacional no tiene preponderancia sobre los demás tribunales; y ello no sólo porque el Estatuto de Roma carece de una norma que expresamente sienta esa primacía, sino porque además la jurisdicción de la CPI es “complementaria” a la de los tribunales nacionales, por introducción del principio de complementariedad.

De acuerdo con este principio, la Corte sólo actuará cuando los tribunales nacionales no tengan capacidad o voluntad de hacerlo. Es razonable entender que la vinculación entre las jurisdicciones nacionales e internacionales es el resultado de un arreglo entre los Estados miembros para no conceder demasiado poder a la CPI y para proteger la jurisdicción estatal como expresión de soberanía⁹⁰.

Por último, habrá que determinar el alcance del *idem* para saber cuándo una primera sentencia hace o no cosa juzgada respecto de la segunda investigación. Sobre este punto se debaten dos tendencias: *idem crimen* o *idem factum*. El *quid* de la cuestión radica en si la similitud de hechos se mide por la calificación jurídica o por la materialidad del comportamiento.

La razón por la que este problema resulta importante es porque arrastra consecuencias en el modo en que los estados miembros incorporan el Estatuto de Roma. Algunos, como Alemania, incorporan en sus códigos penales los

⁹⁰ SATZGER, Hemult; *ob.cit.*, p.13.

cuatro tipos penales que corresponden a la jurisdicción de la Corte (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión), y así el derecho penal internacional es aplicable también de forma directa. Otros estados no han reformado sus códigos, por lo que las cortes nacionales sólo pueden juzgar crímenes de derecho común. En tanto los crímenes fundamentales no formen parte de sus ordenamientos, serán juzgados exclusivamente por la CPI en forma directa.

Resolver el alcance del *idem* es trascendente no sólo para la relación entre las cortes nacionales y la CPI, sino también para determinar cuando las decisiones anteriores de la CIP pueden producir efecto de cosa juzgada respecto de los actuales.

No existe todavía una regla del *ne bis in idem* en el derecho internacional público consuetudinario que ilumine esta cuestión. Lo cierto es que se trata de una discusión política más que jurídica.

V f. En el ámbito de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo oportunidad de extender el ámbito de aplicación de los principios generales a nuevas áreas políticas más directamente relacionadas con los principios del debido proceso y los derechos fundamentales.

La posibilidad de avanzar en ese campo fue dada gracias a la entrada en vigor de la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI) mediante el Tratado de Maastricht y la ampliación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia que introdujo el Tratado de Amsterdam.

Si bien los estados miembros de la Unión Europea venían celebrando acuerdos de cooperación en materia penal, el punto de inflexión estuvo dado por el Acuerdo de Schengen en 1985. Francia, Alemania y tres países del Benelux acordaron la cooperación más próxima entre ellos en materia de migración, cooperación policial, cooperación judicial en materia penal y la constitución de un sistema de información de Schengen (SIS). La cooperación de Schengen funcionó muy bien y varios países de la UE se incorporaron a ella. Los acuerdos intergubernamentales de Schengen se sumaron a la estructura de la UE mediante un Protocolo anexo al Tratado de la UE y al Tratado CE por el Tratado de Amsterdam.

La incorporación de Schengen en el derecho de la UE permitió asimismo incorporar los artículos 54 al 58 del Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (en lo sucesivo CAAS) sobre la aplicación del principio del *ne bis in idem*.

El artículo 54 dispone: “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.” El artículo 55 contiene

excepciones a la regla del *ne bis in idem*, pero deben plantearse formalmente en el momento de la firma o ratificación. Una de las posibles excepciones es que los actos hayan tenido lugar total o parcialmente en su propio territorio. El artículo 58 señala que las disposiciones nacionales pueden ser más amplias e ir más allá de las disposiciones Schengen sobre *ne bis in idem*, dando una protección más amplia.

El artículo 2 del Protocolo de Schengen dispone que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes a los Tratados. Los Estados miembros deben aceptar esta jurisdicción y cuando la acepten pueden optar entre conceder la competencia para pedir al tribunal que se pronuncie con carácter preliminar a cualquier órgano jurisdiccional o sólo a aquéllos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial. Desafortunadamente, algunos estados, como España, han optado por la segunda alternativa y la mayoría de los nuevos Estados miembros no han reconocido competencia alguna. Sin embargo, la interpretación del TJUE tiene validez en todo espacio de la UE, incluso en los países que no hayan reconocido la competencia⁹¹.

Horizontalidad y cooperación:

Como apunta el Profesor Vervaele en el artículo citado, muy pocos países reconocen la validez de las sentencias extranjeras en materia penal para su ejecución en el ordenamiento jurídico nacional sin tener como base un tratado. El principio del *ne bis in idem* también es importante como fundamento para rechazar la cooperación en los procedimientos de extradición, en las comisiones rogatorias judiciales y en cualquier otra solicitud de alcance internacional. Sin embargo, no hay ninguna regla de derecho internacional que imponga el *ne bis in idem* internacional. La aplicación depende del contenido de los tratados internacionales; y aún cuando los Estados reconozcan dicho principio, se pueden plantear problemas en las escenas transnacionales debido a las interpretaciones diferentes respecto del *idem* y del *bis* (ver *supra*).

En el marco de cooperación europeo, el principio del *ne bis in idem* se aplica solo interpartes, esto significa que puede-debe ser aplicado entre los Estados en una solicitud concreta. No es considerado como un derecho individual *erga omnes* y los únicos dos convenios que lo prevén con carácter obligatorio tienen un grado de ratificación bastante pobre y cargado de excepciones⁹².

La ampliación de la integración europea conlleva al aumento diario del crimen transfronterizo y de la justicia transnacional. El Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del *ne bis in idem* de 1987 ha sido escasamente ratificado, pero su contenido fue apuntalado con el CAAS y, por esa razón, puede ser calificado como el primer convenio multilateral que establece el principio internacional del *ne bis in idem*

⁹¹ VERVAELE, John A. E.; *El sentido garantizador del ne bis in idem transnacional en la Unión Europea, en La Cultura Penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 593 y ss.

⁹² VERVAELE, John A. E.; *ob. cit.*, p. 598.

como un derecho individual *erga omnes*. Las disposiciones del Schengen sirvieron como modelo para varias disposiciones *ne bis in idem* en los instrumentos UE sobre Justicia y Asuntos de Interior, es la razón por la que las sentencias del TJUE en los asuntos “Gözütok” y “Brügge” actualmente van más allá de las disposiciones del CAAS⁹³.

Finalmente, es sorprendente que el *Corpus Juris* sobre Derecho Penal Europeo no contenga una disposición específica sobre *ne bis in idem* transnacional. Pero, al menos, el artículo 17 aborda el problema en el marco del concurso de infracciones, en la medida en que estén implicadas dobles sanciones penales. A su vez, impone el principio “toma en consideración” cuando la sanción penal se impone con posterioridad a una sanción administrativa.

Con la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam en mayo de 1999 la UE fue mucho más consciente de la necesidad de disponer de un principio *ne bis in idem* transnacional en materia de libertad, seguridad y justicia. Las pautas de los tratados internacionales relativos a este principio eran muy diferentes y su aplicación en los Estados miembros variaba demasiado.

Entonces, para ordenar la convivencia de criterios dispares, el TJUE declaró explícitamente⁹⁴ que el área de libertad, seguridad y justicia implica la confianza mutua en los otros sistemas de justicia penal, y que la validez del principio de *ne bi in idem* no depende de armonizaciones adicionales. También señaló el Tribunal que la voluntad de las partes contratantes del Schengen ya no tiene ningún valor, dado que es previa a la incorporación de los sucesivos acuerdos intergubernamentales que vienen delineando el contenido del principio. Con esta consideración del TJUE queda claro que la cooperación leal comunitaria y la no discriminación tienen consecuencias para el significado y efecto de algunas disposiciones penales nacionales, con independencia de la voluntad del poder legislativo nacional.

Es lógico que un ordenamiento jurídico integrado interfiera con la soberanía nacional. De alguna manera, aunque en menor escala, sucede en nuestro país con la repercusión de las regulaciones efectuadas en el contexto del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Suele ocurrir que la integración de los mercados repercute en la integración de los sistemas jurídicos nacionales. Los derechos y recursos del ciudadano del país se transforman en derechos y recursos del ciudadano de la UE. Las decisiones nacionales, incluidas las penales, pueden tener un efecto amplio, sustituyendo la escena nacional por la escena de territorialidad europea.

No obstante la decisión del TJUE en los casos “Gözütok” y “Brügge”, faltan respuestas a ciertos problemas que plantea el principio del *ne bis in idem*. A modo de ejemplo, las sentencias mencionadas señalaron que el *ne bis in idem* “se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública cuando el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo -sin intervención de

⁹³ VERVAELE, John A. E.; ob. cit., p. 598.

⁹⁴ En los asuntos “Hüseyin Gözütok” (C-187/01) y “Klaus Brügge” (C-385/01) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

un órgano jurisdiccional ni mediando un proceso penal sustanciado en dicho Estado-, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”.

Resulta controversial que el Tribunal haya prescindido tanto del carácter sancionador como de la evaluación de culpabilidad de la resolución anterior para que ella pueda tener rango de sentencia firme. Queda latente la respuesta a si ¿el principio de *ne bis in idem* se aplica a los acuerdos procesales o a los tratos de inmunidad total o parcial por colaboración con la justicia?

Las cuestiones prejudiciales se amontonaron a partir de las sentencias del TJUE; era previsible que las propuestas para definir el *idem* y el *bis* no tardarían en hacerse conocer. Eso explica la repentina aparición de numerosos proyectos de los países miembros de la UE para lograr optimizar su alcance.

Simultáneamente, tras las sentencias “Gözütok” y “Brügge”, el TJUE fue reiteradamente requerido para interpretar el artículo 54 del CAAS. La mayor parte de los planteos se ciñeron a las cuestiones preliminares.

Así como en la sentencia mencionada se admitió el *ne bis in idem* respecto de decisiones que no condenaban ni absolvían al imputado (como la disposición de archivo, los acuerdos procesales, etc), en otras sentencias el TJUE se pronunció en sentido contrario, marcando la necesidad de que esa decisión debía haber valorado el fondo para poder otorgarle la calidad de decisión que juzga en firme (conf. “Miraglia” C-469/03).

En otro caso, el TJUE confirmó que la decisión de sobreseer a un imputado por falta de pruebas también es considerada sentencia firme, haciendo referencia a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima y al derecho a la libre circulación en el espacio de libertad, seguridad y justicia (conf. “van Straaten” C-150/05).

Por otra parte, la interpretación del TJUE sobre el *idem* se inclinó claramente por el *idem factum*: “el criterio pertinente para aplicar el artículo 54 del CAAS, se fundó en la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”. Los hechos punibles del caso “van Esbroeck” (C-436/04) consistieron en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS, y por esa razón, debían considerarse en principio como los mismos hechos. No obstante, el TJUE subrayó que la apreciación definitiva en concreto corresponde a las instancias nacionales competentes.

El estándar sobre el *idem* fue confirmado en los asuntos “Kretzinger” (C-288/05) y “Kraaijenbrink” (C-367/05).

En cuanto a las cuestiones procesales, el TJUE reconoció las diferencias que presentan los ordenamientos de los Estados miembros. En el caso “Gasparini” (C-467/04) sostuvo que si bien la legislación de los Estados en materia de

plazos de prescripción no ha sido armonizada, ninguna disposición legal supedita la aplicación del *ne bis in idem* a la armonía entre las legislaciones de los Estados. En ese sentido, añadió que dicho principio implica necesariamente la confianza mutua entre los Estados. Por este motivo, el TJUE declaró aplicable el *ne bis in idem* del artículo 54 del CAAS a la resolución del tribunal de un estado contratante que había absuelto a un inculcado por haber prescrito la acción penal. Aquí también sorprendió la decisión del Tribunal que le confirió valor de *ne bis in idem* a una decisión motivada en razones de perseguibilidad y no en razones de fondo.

La calidad de sentencia firme y su vinculación a la instancia de ejecución de la sanción fue resuelta en el citado caso “Kretzinger”. En aquella oportunidad el TJUE consideró que la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando, en aplicación del derecho interno se haya condenado al imputado a una pena privativa de la libertad cuya ejecución se ha dejado en suspenso. Sin embargo, no debe considerarse que la sanción impuesta “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando el imputado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva ni cuando, según el derecho del estado que condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad, visto que se trata de una detención que se produce en un momento anterior al pronunciamiento de la sentencia.

De todo lo expuesto, se desprende que en un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en la confianza mutua es necesario elaborar criterios objetivos para resolver conflictos de jurisdicción y para evitar al máximo posible situaciones de *ne bis in idem*. Sin reglas objetivas sobre conflictos de jurisdicción, el *ne bis in idem* tiene una consecuencia perversa: quien ejerce primero la jurisdicción tiene preferencia. En estas condiciones, el *ne bis in idem* conserva su valor únicamente en situaciones no cubiertas y no resueltas por los criterios de resolución de los conflictos de jurisdicción.

Sea en Europa o en cualquier otra región en la que se proponga integrar la convivencia económica y política de diferentes naciones, es prioritario elaborar un enfoque horizontal sobre el *ne bis in idem* en los instrumentos sobre el reconocimiento mutuo. Actualmente, en la UE el *ne bis in idem* es “un motivo de no ejecución”, obligatoria o facultativa, según el instrumento. Tendría que ser “un motivo de no ejecución” obligatoria en todos los instrumentos, que sugiera una definición común para de todos los estados parte. En la medida en que exista uniformidad, el funcionamiento de las reglas estará garantizado.

El desacuerdo entre los expertos juristas contrasta con el consenso que hace unos años han logrado los representantes académicos: el Instituto Max Planck de derecho penal extranjero e internacional ha creado un grupo de expertos para elaborar la denominada Propuesta de Friburgo sobre las Jurisdicciones Concurrentes y la Prohibición de las Persecuciones Múltiples en la UE. El texto de 2003 se refiere a la prevención de las persecuciones múltiples a nivel internacional mediante la imposición de reglas del *fórum/jurisdicción*, la aplicación del *ne bis in idem* transnacional y, como red de seguridad, la aplicación del principio de “compensación” a favor de la víctima. Asimismo, la

propuesta sugiere un derecho *ne bis in idem factum* para las personas físicas y jurídicas; y debería aplicarse a procedimientos y sanciones punitivas, ya tengan naturaleza administrativa o penal, ya sean nacionales o europeos. El texto también propone usar la expresión “haya sido archivado de forma definitiva” en lugar de “haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme”. Esta terminología incluye toda decisión adoptada por las autoridades de persecución que ponga fin a los procedimientos de manera que sólo sea posible la reapertura del caso en circunstancias excepcionales.

Hasta el momento el TJUE construyó un *ius comune* del *ne bis in idem* considerándolo un derecho fundamental transnacional en el espacio de libertad, seguridad y justicia. El *ne bis in idem* ha pasado de ser un principio del soberano o del Estado estrictamente relacionado con su territorio y su *ius puniendi*, a un derecho humano del ciudadano europeo en un espacio judicial común. Queda pendiente la solución de conflictos de jurisdicción en un espacio común que se caracterice por una creciente actividad transfronteriza. Una alternativa conveniente sería conferirle competencia a un Ministerio Público Europeo para que entienda en conflictos de jurisdicción penal⁹⁵.

VI. POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

VI a. Constitucionalidad

Históricamente la potestad sancionadora administrativa es tan antigua como la potestad sancionadora penal. A partir del constitucionalismo la potestad sancionadora administrativa terminó siendo negada en beneficio de los jueces y tribunales, quienes ejercen la represión estatal como mecanismo racionalizador y controlador de poder. Ese poder punitivo tuvo que someterse al principio de separación de poderes, es así que al Poder Legislativo le corresponde su creación, y la imposición de las consecuencias le corresponde en exclusividad al Poder Judicial.

Pero esto no funcionó y supuso el fracaso del sistema. La expansión de la regulación administrativa originó el incremento del sistema sancionador de la administración porque era necesario otorgarle nuevos poderes para reprimir a los que pretendieran perturbar la acción administrativa; el sistema fue inviable en la práctica, debiendo devolver las facultades sancionadoras a la administración y romper la pureza del sistema constitucional originario.

En la actualidad, el principio de separación de poderes aún se mantiene vigente y constituye un importante parámetro de interpretación de la organización del poder y por ende del ordenamiento jurídico⁹⁶. Es en ese sentido se plantea el problema de la compatibilidad entre la existencia de la potestad sancionadora de la administración y el principio de separación de poderes, ya que sería incompatible con el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La solución sería la de realizar un test de

⁹⁵ VERVAELE, John A. E.; *ob. cit.*, p. 613.

⁹⁶ PEREIRA CHUMBE, Roberto; *La potestad sancionadora de la Administración y el Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444*, p. 280.

proporcionalidad que armonice la vigencia del principio de separación de poderes y la potestad sancionadora de la administración.

Como señala Roberto Pereira⁹⁷, citando a Danós Ordóñez el Tribunal Constitucional Español plantea que si bien la autotutela tampoco está reconocida, no se puede prescindir de ella toda vez que resulta consustancial o connatural al ejercicio de las funciones administrativas. También señala que es deber esencial del Estado la protección de los derechos humanos, la seguridad de la población y la promoción del bienestar general, mandatos que constituyen el fundamento de la potestad punitiva general del Estado, lo cual no necesariamente se debe hacer a través del Derecho Penal, es decir que por criterios de política criminal. Resulta conveniente acudir a mecanismos con menor capacidad de afectación de los derechos como es la potestad sancionadora de la administración.

Se infiere entonces que el ordenamiento jurídico atribuye poderes sancionadores con el objeto de garantizar su propio mantenimiento y con la finalidad de reprimir conductas contrarias al mismo. Este poder se atribuye a la potestad sancionadora penal y a la potestad sancionadora administrativa (infracciones y sanciones penales e infracciones y sanciones administrativas).

VI b. Clases de potestad sancionadora

Se discute mucho respecto de si la facultad sancionadora de la administración es una potestad originaria de ella misma o por el contrario, es derivada. Este punto es crucial en el desarrollo de este trabajo. Si manifestamos que la potestad sancionadora es originaria, se estaría afirmando que el Poder Ejecutivo tiene capacidad no solo de imponer sanciones, sino también de determinar cómo, cuándo y a quien se las impone.

Sería la propia administración la que determinaría que conductas son sancionables y cual es la pena a aplicar; con ello se atenta directamente contra el principio de legalidad y el de separación de poderes. La administración sería parte del proceso y también quien decida como finalizarlo.

Por otro lado, algunos autores⁹⁸ afirman que la potestad sancionadora es derivada, pero tampoco esto es posible ya que no hay nada señalado expresamente en la Constitución sobre esta potestad y en conclusión, al no mencionarla, tampoco establece si ésta es derivada o no.

Me inclino a pensar que el poder sancionatorio de la Administración no es autónomo, sino que se encuentra limitado por el control jurisdiccional, o sea que la decisión de la autoridad administrativa puede ser revisada por un juez nacional. No obstante, la justicia penal únicamente puede intervenir revisando esa decisión una vez concluido el procedimiento administrativo o impugnada aquélla decisión.

⁹⁷ *Idem. Ibidem*, p. 282.

⁹⁸ CARBONELLI. Juan Carlos; *Derecho Penal. Conceptos y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 86

VI c. Unidad de la potestad punitiva y naturaleza de las sanciones administrativas

Como bien se mencionó en párrafos anteriores, el *ius puniendi* es la potestad o poder que posee el Estado para monopolizar la represión, este poder no es totalitario, sino que se hace en respeto de los derechos humanos y las garantías constitucionales. Entonces se reafirma que la potestad punitiva del Estado es única, pero se expresa a través del derecho penal y del derecho administrativo. Es el legislador quien decide la protección de un bien jurídico, a través del derecho penal o derecho administrativo sancionador, en función a criterios de política criminal como la relevancia del bien jurídico, la gravedad de la conducta que se pretende sancionar y la eficacia que se busca en la persecución de dichas conductas.

Los estudios relacionados con el derecho sancionador en sus vertientes administrativa y penal, se ha erigido en un lugar común partir de la reafirmación de la unidad ontológica o sustancial entre ambos tipos de ilícitos y las reacciones que el ordenamiento prevé ante su comisión, para de ahí derivar la necesaria aplicación en el ámbito sancionador administrativo de los principios propios del orden sancionador penal, al ser ambas potestades manifestaciones de un único ordenamiento punitivo del Estado⁹⁹

Sobre este tema es menester manifestar que para algunos autores como Goldchmidt¹⁰⁰, quien plantea una diferencia sustancial entre las infracciones administrativas y las penales, existe una diferencia entre antijuridicidad y anti-administratividad con diversidad de consecuencias jurídicas, lo que justifica una competencia penal separada para Justicia y para la Administración. Con ese objetivo distinguió entre ilícitos típicamente penales, caracterizados por el daño o puesta en peligro concreto de un bien jurídico y las contravenciones que se agotan, pura y simplemente, en la omisión de la obediencia debida a la Administración, y su importancia no trasciende del marco de los intereses administrativos. De ahí que sea justamente la Administración la entidad que haya de hacerse cargo de la represión de estos ilícitos.

Dicha concepción, basada en el criterio del bien jurídico -objeto de protección por los ilícitos penales- y los meros intereses de la Administración -a los que trata de proteger el ilícito administrativo-, fue pronto criticada por una doctrina que rechazó la posibilidad de distinguir entre los intereses de la Administración tutelados por el derecho y el resto de los bienes jurídicos, ya que el delito penal y el delito administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica¹⁰¹. Considero que se refieren a que ambos afectan al Estado, solo bajo esa perspectiva no habría distinción entre ellos.

Los seguidores de la misma línea que Goldschmidt plantean una división en las sanciones administrativas según que la Administración tutele su organización y orden interno (sanciones de autoprotección) o tutele el orden social general

⁹⁹ RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador; *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 18.

¹⁰⁰ Citado por RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador.; *op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹ CEREZO MIR, José; *Curso de derecho penal español*. I, 5ª ed., p. 48.

(sanciones de protección del orden general), para concluir afirmando que dentro de este campo tradicional de la potestad administrativa sancionadora que son las denominadas sanciones de autoprotección, «la potestad de sanción se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal» , lo que justificaría la exclusión de las denominadas sanciones de autoprotección, de la aplicación de los principios y garantías propios del orden penal, entre ellos del principio *ne bis in idem* en los casos de doble sanción penal y administrativa¹⁰².

La conclusión alcanzada sobre la sustancial identidad de los ilícitos penales y administrativos no varía si nos referimos a la naturaleza de la reacción que el ordenamiento jurídico prevé ante dichos ilícitos: la sanción penal o administrativa. Sólo criterios de carácter formal permiten distinguir unas de otras, distinción que, en consecuencia, no puede entenderse sustancial¹⁰³.

Considero que es demasiado apresurado concluir que no existe distinción sustancial entre las infracciones administrativas y delitos penales. Como es sabido, el derecho penal es la *ultima ratio*, es decir se aplica cuando las otras ramas del derecho han fracasado en la regulación de conductas, ello es así ya que el derecho penal restringe libertades y protege bienes jurídicos de máxima relevancia para la sociedad, por el contrario, las infracciones se basan en la omisión de obediencia a la Administración en temas como por ejemplo el incumplimiento de deberes formales o el de una obligación fiscal. Es en ese sentido que el legislador prefiere que este tipo de infracciones sean tuteladas por el derecho administrativo sancionador de manera supletoria siempre y cuando su regulación no sea contraria a lo establecido en leyes especiales que regulan la misma materia.

VI d. Extensión de las garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionador

La potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de una unidad superior: el *ius puniendi* del Estado tal afirmación supone la aceptación de que las infracciones administrativas y los delitos no son una misma cosa ni vienen a cumplir idénticos fines, pues mientras el Derecho Penal responde al principio de *ultima ratio* e intervención mínima, los ilícitos y sanciones administrativas se muestran como un instrumento adecuado para el cumplimiento de los fines de una Administración cada vez más intervencionista. Esto pone de relieve que el ordenamiento punitivo del Estado es uno y sólo uno y que, por lo tanto, nada justifica la tradicional separación entre los principios y reglas del Derecho Penal y los que han venido inspirando el Derecho Administrativo sancionador.

Esta solución integradora, acompaña una precisión que conviene resaltar y aclarar, por las consecuencias que para la aplicación del principio de *ne bis in idem* supone y es que dicha integración no se produce en pie de igualdad mediante la «subordinación» de los actos administrativos de imposición de sanciones a la autoridad judicial. Dicha subordinación no puede estar referida a

¹⁰² RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰³ *Idem. Ibidem*, p. 23.

los tribunales contencioso-administrativos, ya que ello constituiría una obviedad simplista, pues ése es el régimen general de todos los actos administrativos que a nadie se le ha ocurrido nunca excepcionar para el ámbito sancionador¹⁰⁴. Dicho con otras palabras, la potestad administrativa sancionadora de ningún modo está subordinada materialmente a la potestad punitiva penal aunque, desde una perspectiva procesal, su ejercicio aparezca condicionado por el ejercicio previo de la potestad punitiva jurisdiccional.

El único fundamento capaz de proporcionar una justificación al hecho de que los principios estructurales elaborados por la dogmática penal y procesal sean de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración y al procedimiento a través del que debe encauzarse su ejercicio no es otro que el de la «unidad ontológica» entre delito e infracción administrativa, por una parte, y entre pena y sanción administrativa, por otra; es decir, la naturaleza no originaria de la potestad sancionadora administrativa y su pertenencia a una única potestad punitiva del Estado, así como la diferencia de grado entre sanciones administrativas y las penales, constituyen el fundamento de la extensión de las garantías propias del ámbito penal al derecho administrativo sancionador.

VI e. La potestad sancionadora en materia tributaria y aduanera

En materia económica se regulan infracciones y delitos. En ambos casos el punto de partida es el incumplimiento del pago de un tributo fiscal o aduanero, o el incumplimiento de un deber formal y, en cualquier caso, la consecuencia es la sanción.

En términos generales la conducta que se reprime es aquella que aparece como contraria al sistema de tributación –fiscal y aduanero–.

La diferencia radica en que en el caso de las infracciones se protege el interés de la administración tributaria y el perjuicio fiscal es de naturaleza administrativa. Generalmente las sanciones son de tipo económico y las ejecuta la Administración. Por su parte, los delitos protegen el interés del fisco y el perjuicio fiscal es de naturaleza financiera. La conducta delictiva afecta la recaudación fiscal. La pena principal es la privación de libertad, aplicada por el Poder Judicial.

Las similitudes que se les encuentra son que el perjuicio de la recaudación fiscal justifica ciertas medidas de represión. La no entrega al Fisco de los tributos retenidos o percibidos puede ser tipificada como infracción o como delito de defraudación. La diferencia radica en la intencionalidad, en las infracciones, se reduce el mínimo la valoración del elemento subjetivo, en cambio en los delitos se requiere del dolo en la mayoría de las veces, en conclusión la intencionalidad se encuentra en ambos, pero con diferente intensidad.

¹⁰⁴ RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador, *op. cit.*, p. 25.

VII. *NE BIS IN IDEM*: PARTICULARIDADES EN EL PROCESO PENAL

Subsisten los desacuerdos en relación a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: i) cuando el fiscal decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y ii) cuando el juez penal dicta no hace lugar al requerimiento de instrucción y este queda firme.

El primer caso (i) es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El Informe del caso¹⁰⁵ señaló que “La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-presidente fundándola sólo en uno de los hechos y desistiendo de los otros, por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad”.

En ese sentido, la Comisión consideró que “la decisión del Fiscal de no promover la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción por estimar que los hechos no constituían delito, es un acto netamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible y que produce el efecto de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión”.

En este informe, la Comisión señaló que, tras la desestimación parcial del Fiscal, ni el peticionario ni el Gobierno se mostraron en desacuerdo, por lo que cabe atribuirle carácter firme”. En esa línea, la Comisión concluyó que “la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme, puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención” Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica¹⁰⁶.

En algunas oportunidades el Ministerio Público considera como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la Fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el Informe N° 1/95 de la Comisión Interamericana.

¹⁰⁵ Informe N° 1/95, Caso 11.006 del 7 de febrero de 1995: “Alan García Pérez”.

¹⁰⁶ Item V.3 del Informe N° 1/95

En la doctrina procesal prevalece que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada¹⁰⁷. Se trata de una cosa decidida, la cosa juzgada demanda una decisión judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente por los mismos hechos¹⁰⁸.

Pero como precisa San Martín Castro, “las excepciones a la prohibición de efectuar nueva denuncia por el mismo hecho, son: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, frente a una denuncia el fiscal tiene que establecer si ha sido (o no) desestimada por el otro órgano del Ministerio Público y, luego, si la denuncia fue desestimada, evaluar exhaustivamente si la nueva denuncia se encuentra acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo. Finalmente, el fiscal debe comprobar que la investigación anterior fue deficiente según se desprenda de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de las actuaciones de la denuncia anterior. Por ende, la llamada “la cosa decidida” resulta relativa en caso que los nuevos elementos permitan promover la acción penal nuevamente”¹⁰⁹.

El segundo caso (ii) plantea si el auto que desestima una denuncia fiscal y rechaza el requerimiento de instrucción impide una nueva persecución penal. Sobre esto el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos, requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculcado”, de modo que “la resolución judicial que declaró «no ha lugar a la apertura de instrucción» no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo”, no equivale a un “pronunciamiento sobre el fondo del asunto”..

O sea que es necesario que exista un proceso concluido, es decir que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá solo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción”. En caso que “exista un auto de denegación para procesar los delitos (...), no se puede afirmar que en este exista “(...) un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho (...)”¹¹⁰ pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. (...) simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la

¹⁰⁷ ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 335.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 457.

¹⁰⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 495.

¹¹⁰ CARRIÓ, Alejandro; *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 3era edición ampliada en 1ra reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p 340-380.

inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso”.

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes¹¹¹ y el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal¹¹², investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos y son susceptibles de matices que admiten casos que merecen el tratamiento de la cosa juzgada cuando el rechazo de requerimiento de instrucción se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita al sobreseimiento o absolución firme ya que existen otros modos de finalización del proceso al que puede atribuírsele el efecto de cosa juzgada: la prescripción, la amnistía, el indulto, etc. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones como puede deducirse del art. 77 del CPP, por ejemplo: a) insuficiencia de pruebas del hecho imputado, b) el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa de justificación o de inculpabilidad, c) no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes, d) porque la acción penal ha prescrito, e) porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca San Martín Castro, si bien un auto denegatorio de instrucción se expide, en principio, sobre la tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal -por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición-, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada (...) Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa –o puede pasar– por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso (...) del auto que decreta el archivo de un proceso, aún en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia”¹¹³.

A diferencia nuestra, para la doctrina española cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no ha lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, estando absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aún cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente.

Para los más estrictos, defensores extremos del Estado de Derecho, la seguridad jurídica impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la

¹¹¹ CASTILLO ALVA, José Luis; *¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?*, *Diálogo con la jurisprudencia* 62/2003, p. 135.

¹¹² Del mismo modo, ORÉ GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Lima, Alternativas, 1999, p. 315.

¹¹³ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, cit. p.503.

ley penal proscribire o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos de los tribunales nacionales referidos a la ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hace variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el derecho penal. Como reseña Sánchez Velarde, “dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale al sometimiento a un nuevo juicio valorativo”.

En cambio, si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino por ejemplo a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada, la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

VIII. IDENTIDAD DE CAUSA ¿LÍMITE O PERMISO PARA PERSEGUIR MÁS DE UNA VEZ?

VIII a. El planteo

Ha quedado claro que el *ne bis in idem* prohíbe el ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado para detener la posibilidad de un doble castigo o persecución penal y que surgió como consecuencia de un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal.

La cuestión más controvertida para aplicar este principio es la exigencia del *eadem causa petendi*. Es decir, debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso. Habrá que determinar cuáles son los parámetros que permiten identificar a dos hechos como iguales. Entender que es “identidad de causa” resulta relevante para proscribir o no la convivencia de sanciones penales y administrativas.

A esos fines, vale hacer notar las diferencias entre los motivos que procuran la reparación del daño causado de los que pretenden la sanción del causante. También vale distinguir búsqueda de una reacción disciplinaria de la búsqueda de una sanción penal. Pero no conviene perder de vista que nuestra Constitución Nacional prohíbe sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho.

El debate sigue teniendo plena actualidad; así lo señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar con relación a la determinación acerca de cuándo existe una unidad de conducta. Los autores entienden que “...no se trata de un problema menor del derecho penal, sino de una cuestión troncal cuyo descuido corre el riesgo de hacer naufragar varias garantías constitucionales e internacionales, y de

permitir un ejercicio completamente irracional del poder punitivo, mientras que la pluralidad de criterios que se han señalado por la doctrina han sembrado una enorme inseguridad en todos estos ámbitos”¹¹⁴.

La identidad de causa produce un efecto preclusivo y presupone que el proceso terminado agotó jurídicamente el caso. El tribunal con jurisdicción y competencia suficientes, debe haber podido consumir el objeto procesal completamente y haberse agotado el caso íntegro en su totalidad. El objeto del proceso debe haber sido examinado, no sólo a través de la calificación jurídica recogida en la sentencia, sino en toda su extensión y aspectos en que pudo hacerlo jurídicamente el tribunal que conoció del asunto¹¹⁵.

Si el proceso se agotó, con una decisión sobre el fondo, examinándose la pretensión hecha valer en todos sus aspectos fácticos y jurídicos, no se puede perseguir nuevamente por el mismo hecho aunque haya mediado abuso o error por parte del juez¹¹⁶.

Sobre esta idea cabe recordar cuanto enseña Maier en el sentido que “el *ne bis in idem* hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro”¹¹⁷.

No resulta ocioso nuevamente resaltar que lo que interesa no son los títulos delictivos en los cuales se puede subsumir el hecho imputado, sino que se trate del mismo suceso, más allá de cualquier adecuación típica. La materialidad imputada puede o no ser un delito en su concepto dogmático o encuadrar en una figura penal determinada; esto es indiferente para resolver sobre su identidad o falta de identidad con el objeto de comparación. Es por eso que lo que la ley argentina pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que la garantía -en este caso la del *ne bis in idem*- sólo juega en favor y no en contra de quien sufre el poder penal del Estado. Por eso se dice el *subtractum* de la garantía es fáctico y tiene carácter objetivo¹¹⁸.

No obstante estas premisas, aparecen algunas variantes. Vale considerar que la múltiple persecución penal de un mismo hecho no siempre afecta la garantía constitucional del *ne bis in idem*. Lo explica Maier en el trabajo de doctrina nacional que probablemente haya penetrado dogmáticamente la cuestión con mayor profundidad y acierto. Dice: “A pesar de que exista identidad personal y de objeto en dos o más procesos distintos...(…), es posible (...) la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas [...] no haya podido examinar la imputación (‘el mismo hecho’), objeto de ambos procesos, *desde todos los puntos de vista*

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 820.

¹¹⁵ BEILING, Ernest; *Derecho Procesal Penal*, Labor, Barcelona, 1943. p. 201/3.

¹¹⁶ DE LA RUA, *ob. cit.*, p. 321.

¹¹⁷ MAIER, Julio B.J.; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, Doctrina Penal, año 1986, p. 429.

¹¹⁸ MAIER, Julio B.J.; *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo 1b, p. 251 y 375.

jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos”, por ejemplo, la falta de competencia del tribunal¹¹⁹.

Ne bis in idem, una regla que admite excepciones.

VIII b. Toma de posiciones

La aplicación del principio de *ne bis in idem* está teñido de contingencias y el cuestionamiento referido a la identidad de causa impacta en la conflictiva relación entre el derecho administrativo sancionador y la actividad judicial penal.

A favor de la doble jurisdicción penal-administrativa

Algunos ordenamientos proponen el establecimiento de reglas de coordinación (expresión del *ne bis in idem* procesal) en los casos de “conflicto” entre el órgano administrativo y judicial en el que prima éste¹²⁰, siguiendo el modelo alemán y español¹²¹. Se trata una respuesta útil para superar los problemas de competencia.

El punto es: ¿cómo entender las reglas de coordinación? Considero que cuando se da preeminencia al órgano judicial por sobre el administrativo lo que se pretende es ordenarle a éste último que cuando advierta, en la causa que conoce, la comisión de un delito, éste deberá inhibirse del conocimiento de

¹¹⁹MAIER, Julio B. J.; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)* en *Doctrina Penal*, Año 9, jul.-sept. '86, N° 35, p. 444/5. Reproducido también este párrafo en *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2da. edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 623/4 y 630.

¹²⁰Esto último constituye un avance importante no previsto en la mayoría de países de la región. Así en el Código de Procedimientos Penales de Bolivia regula el principio de *ne bis in idem* en el artículo 4 del Libro Primero, cuando se indica que: “Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias. La sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por tribunales nacionales, producirá efecto de cosa juzgada”. El Código Procesal Penal de Honduras desarrolla el principio antes mencionado en el artículo 11 de la siguiente manera: “Ninguna persona podrá ser nuevamente juzgada por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias”. El Código Procesal Penal de Costa Rica, en su artículo 11 de manera escueta señala: “Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho”. El Código Procesal Penal de la República de El Salvador, en su artículo 7, expresa: “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme, dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales, producirá el efecto de la cosa juzgada”. Como se puede observar, la mayoría de estos Códigos no establecen de manera expresa las reglas de coordinación cuando aparezca un *bis in idem* en los casos en que medie una sanción o proceso judicial y administrativo.

¹²¹El Tribunal Constitucional Español estableció reglas de coordinación para la aplicación del principio objeto de comentario. Es así que desde la Sentencia 77/1983 el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo una subordinación de las administraciones sancionadoras a la autoridad judicial. De esta forma se impide que “recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos -penal y administrativo sancionador- atribuidos a autoridades de diverso orden” (STC 177/1999). (Ver más: JAÉN VALLEJO, Manuel. En: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/JaenVallejo2.pdf>). En Alemania se prevé una solución similar, en cuanto, ante un hecho que es al mismo tiempo “contravención” (infracción administrativa) y delito, sólo se empleará la ley penal; pero si no llega a imponerse ninguna pena podrá imponerse una sanción administrativa. Para este último caso la autoridad administrativa está obligada a enviar el expediente a Fiscalía.

dicho procedimiento y cursar copia de lo actuado al Ministerio Público, a fin de que ejercite la correspondiente acción penal.

Resulta más sencillo si sucede a la inversa, es decir si el órgano judicial conoce primero y dicta sentencia condenatoria. En este supuesto queda anulada la posibilidad de sancionar de nuevo en sede administrativa ese hecho, pues en la decisión del órgano judicial se expresó el *disvalor total* del injusto cometido.

Por otro lado, ¿qué sucedería si la sentencia en sede penal es absolutoria? En este supuesto considero el procedimiento administrativo podría seguir únicamente respecto de los hechos que el órgano judicial penal haya considerado como probados, de modo que si en la actuación jurisdiccional se declaró la inexistencia del hecho o la no participación del sujeto, no será posible la continuación del expediente administrativo¹²².

En el caso que se imponga primero la sanción administrativa queda desterrada posibilidad alguna que el órgano judicial se pronuncie (luego) sobre el mismo ilícito (*ne bis in idem* material). Con esta afirmación se deja de lado la preferencia del órgano judicial penal -para el procesamiento- para evitar la sanción reiterada del acusado por parte de las autoridades públicas, sean éstas administrativas o penales¹²³.

Como lo señalan Bustos Ramírez y Hormázabal Malaree, el alcance del principio de *ne bis in idem* tiene especial repercusión en el ámbito del derecho penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no puede tener una pena administrativa y otra pena criminal, es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación a dicho principio¹²⁴. De esta manera, con esta última interpretación se respeta la esencia del principio de *ne bis in idem* y se “salva” la constitucionalidad de las normas administrativas y la ley penal.

En contra de la doble jurisdicción penal-administrativa

Adoptando una posición contraria, varios autores entienden que una interpretación adecuada de las normas administrativas, penales y constitucionales lleva a sostener que sólo cabe imponer sanciones administrativas y penales en los casos de concurso real de infracciones, en tanto la valoración que realizarán las autoridades recaerá sobre hechos diferentes.

Para dar fundamento a la inconveniencia de mantener la doble jurisdicción penal-administrativa simultánea o sucesiva por un mismo hecho, se sostiene que es necesaria la intervención del derecho administrativo sancionador como

¹²²DE LEÓN VILLALBA, Javier; *op.cit.*, p. 500. Otro más: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina; *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 79, afirman que la diferencia “entre el delito y la infracción administrativa ha de considerarse fracasada”.

¹²³MUÑOZ LORENTE, José, *La nueva configuración del principio de non bis in idem*, Madrid, 2001, p.44/45.

¹²⁴BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, 1997, p. 67/68. Los autores ponen como ejemplo la multa impuesta a una persona por pasar una luz roja no obsta a la pena por haber lesionado a una persona en tal ocasión.

instrumento de sanción que no sólo regule, sino que también aplique la sanción por comportamientos ilícitos no previstos por el derecho penal o que, aún estando previstos por el derecho penal, no son tratados penalmente.

En defensa de la procedencia de la excepción de cosa juzgada, inclusive si la calificación en el primer proceso fue una simple falta o se trató de una tipificación errónea, Cortés Domínguez expresa que el *ne bis idem* -como exigencia de la libertad del individuo-, impide que los mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente diferentes¹²⁵.

Para la identificación del hecho, en consecuencia, ha de tomarse en cuenta los criterios jurídicos de “objeto normativo” e “identidad o diversidad del bien jurídico lesionado”. Por consiguiente, como afirma De la Oliva Santos¹²⁶, hay cosa juzgada cuando en el segundo proceso aparecen unos hechos que fueron juzgados en el primero, aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, si el “objeto normativo” es el mismo: lesiones, en vez de homicidio. Y también, si el cambio de un proceso a otro se refiere a la forma de autoría o consiste en variar de ésta a la complicidad o al encubrimiento, entra en juego el criterio del “bien jurídico lesionado” o el de la conexión.

Para este análisis, rescato la recomendación del profesor Alberto Binder quien precisa: “(...) para la determinación de identidad de hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Los procesos de subsunción son un camino de ida y vuelta, en los que se transita de la información fáctica a la norma jurídica y de ésta a los hechos otra vez. Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico en términos generales - y aquí “similar” debe ser entendido del modo más amplio posible -, entonces debe operar el principio *ne bis in idem*. Por lo que, sólo cuando claramente se trata de hechos diferentes será admisible una nueva persecución penal”¹²⁷.

Y en cuanto al derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del estado, ni menos aún de la eventual inobservancia de la Administración sancionadora de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.

¹²⁵ SAN MARTIN CASTRO, *op. cit.*, p. 389.

¹²⁶ DE LA OLIVA SANTOS; *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1993, p. 530/1.

¹²⁷ BINDER, Alberto; *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 172.

IX. LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

IX a. Un riesgo de multiplicidad compartido: la doble esfera penal-infraccional

En este título intentaré responder si la acumulación de sanciones penales y administrativas afecta o no, el principio del *ne bis in idem*. La penalización de la “delincuencia económica”, se caracteriza, justamente, por la duplicidad sancionatoria¹²⁸.

El intervencionismo estatal se ha valido de la ampliación del derecho administrativo, no como diferente del derecho penal, sino como instrumento para el traslado de una mayor represión al campo administrativo. De ahí que la nota distintiva entre ambos órdenes esté dada por la gravedad de la sanción.

La hibridez del derecho administrativo trae como consecuencia la necesidad de acudir a principios rectores del derecho penal y procesal penal para levantar vallas contra el avance del poder administrativo.

Ahora bien, ¿en qué momento la sanción administrativa se transforma en pena y, por ende, da lugar a la intervención del sistema penal? La respuesta no es académica sino de política institucional. Si se pretende consolidar un derecho penal mínimo, resulta evidente que al poder administrador le está vedado aplicar penas de arresto, la de multa no podrá ir más allá de un monto razonable y las medidas que restrinjan derechos esenciales -clausura,

¹²⁸ Refiriéndose a la convivencias de sanciones penales y administrativas el Tribunal Constitucional Español entendió que “...el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...”

También señaló que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado...”.

Para el TC español esta dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de *lex praevia y lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución de España obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del estado. Por ello, en cuanto al derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental (Nota en página web a Jaime Rubio, Magistrado del Tribunal Constitucional de España).

allanamiento- sólo serán decididas en jurisdicción penal, de modo tal que aparezcan nítidamente deslindadas las dos jurisdicciones. Esto no implica negar la interrelación que necesariamente se produce; pero justamente por eso resulta útil acudir al criterio de coordinación que propicia Joao Marcello Araujo Junior¹²⁹, y no al funcionamiento acumulativo o alterativo preferido por algunas legislaciones.

Participo de la idea de subordinar la instancia administrativa a la instancia penal, de manera tal que una absolucón en el ámbito penal sólo admitirá la decisión administrativa cuando hubiera quedado una falta residual, como por ejemplo la omisión formal.

La transgresión del principio constitucional del *ne bis in idem* estará dada si coincide en sede administrativa el hecho que, como realidad fáctica o suceso histórico, fue atribuido a un mismo sujeto en sede penal. Entonces el doble pronunciamiento -acerca del mismo hecho y respecto del mismo individuo- podría afectar la mencionada garantía aunque se hayan dictado en distintas sedes. Ello como corolario de la naturaleza penal de las sanciones administrativas, derivada de la identidad cualitativa entre el ilícito administrativo y el delictual.

Hagamos entonces una fugaz introducción a los inconvenientes que se plantean entre el *ne bis in idem* y las dos disposiciones legales más resonantes en materia penal económica.

a. 1) En la Ley Penal Tributaria

La anterior ley penal tributaria 23.771, en el artículo 15, establecía que “La pena de prisión establecida por esta ley y las accesorias en su caso, serán impuestas sin perjuicio de las sanciones fiscales o previsionales”.

Cuando se planteó la inconstitucionalidad de esta disposición, la justicia admitió que un mismo hecho diera lugar a distintas consecuencias jurídicas ya que eso no conculcaba la garantía contra la persecución múltiple de una segunda imputación por “distinta causa” ni tampoco era inconstitucional la norma de la ley penal tributaria que contemplaba casos de esa índole (CNAPE, Sala “A”, caso “Sirsa” del 19/4/96). En el mismo sentido se estableció que los alcances del sobreseimiento no podían proyectarse al punto de impedir la investigación de la presunta infracción administrativa, pues resultaba claro que el proceso concluido por esa decisión remisoria no podía revisar el hecho desde todos los ángulos legales posibles. Se entendió que en el marco de un juicio penal no se puede arribar a una decisión de mérito respecto de una posible infracción administrativa. En este precedente, al igual que en “Rojo” de la Sala “B” de la misma Cámara, resuelta el 1/9/98, era evidente la tolerancia de la persecución múltiple en el ordenamiento jurídico.

¹²⁹ARAUJO, Joao Marcello; *Delitos contra la economía*, Editora Revista dos Tribunales, San Pablo, 2000, p. 12 y ss.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 16 de la ley 23.771, señalaba "... no podrá dictarse resolución administrativa antes de que haya quedado firme la sentencia judicial. Lo que constituirá cosa juzgada en cuanto a la materialidad de los hechos...".

En una de sus publicaciones, el Doctor Díaz¹³⁰ profundizó el análisis de "cosa juzgada" en la ley 23.771. Indicó que "el artículo 16 de la ley 23.771 introducía el principio de la prejudicialidad penal sobre la administrativa en la determinación de los hechos tributarios, con el objeto de que fuera la jurisdicción penal la que defina en instancia definitiva si existe hecho imponible ocultado y si dicha ocultación es ardidosa a los efectos de encuadrar la misma en el tipo penal."

Siendo que el proceso penal tributario requiere la existencia de un hecho imponible ardidoso para que exista hecho punible, el pronunciamiento de un juez penal tributario, determinando que no existió tal hecho (como sucedió en el caso "Radiocomunicaciones Móviles S.A." ¹³¹ -de la cual Mauricio Wior era su presidente-), constituye un límite a la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Nación para conocer en idéntica materia tributaria.

Bajo este razonamiento, la intimación de pago que la DGI cursó al presidente de la contribuyente, sobreseído por un juez del delito de evasión tributaria, no debería haber sido confirmada por el Tribunal Fiscal, ya que el motivo que descartó la responsabilidad del acusado fue la inexistencia del hecho imponible.

En cambio si la absolución se hubiera fundado en que el imputado no participó en el hecho, se mantenía la posibilidad de perseguir a la sociedad comercial contribuyente o a cualquier otro miembro que hubiese tenido dominio del hecho de evasión.

La prejudicialidad que se desprendía del artículo 16 de la ley 23.771 era terminante en cuanto a la imposibilidad de considerar que el hecho imponible juzgado en sede penal sea un hecho distinto y posible de ser juzgado nuevamente en sede administrativa.

Las disposiciones de la ley 23.771 no permitían la calificación dual del hecho imponible según su naturaleza jurídica, ya que para calificar una exención tributaria sólo existe la ley específica del impuesto. Pero extrañamente, en el caso "Wior" el Tribunal Fiscal se arrogó atribuciones para afirmar que la exención tributaria ya juzgada por el fuero competente¹³² es de distinta especie para el conocimiento del órgano administrativo.

Recordemos que la nueva Ley Penal Tributaria 24.769, en el artículo 20, difiere en su redacción del analizado artículo 16 de la ley 23.771. Éste último

¹³⁰ DIAZ, Vicente Oscar; *Escándalo jurídico de una sentencia del Tribunal Fiscal. Singular doctrina de la Sala A: Repudio al non bis in idem*. Periódico Económico Tributario N° 118, del 3 de octubre de 1996.

¹³¹ EDLA, 1990-62

¹³² impuestos a las finanzas y obligaciones accesorias contraídas para garantizar obligaciones emergentes de contratos que tributaron el impuesto de sellos y la independencia entre estos contratos y los pagarés que daban cuenta del pago.

determina que “Una vez firme la sentencia penal, la autoridad administrativa aplicará las sanciones que correspondan sin alterar las declaraciones de hecho contenidas en la sede judicial”.

Algunos autores interpretan que esta redacción es técnicamente más estrecha que la anterior, dado que sólo se refiere a la armonización de normas penales e infracciones tributarias, lo cual no alcanza para solucionar discusiones que giren en torno a la determinación del hecho imponible¹³³.

Dejo planteada otra inquietud asociada a la desafortunada redacción del artículo 18 de la ley 24.769 que establece: “el organismo recaudador formulará denuncia (penal) una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria o resuelta en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los de la seguridad social, aún cuando se encontraren recurridos los actos respectivos”. Siendo así, podría darse un caso de persecución múltiple a una misma persona y por un mismo hecho, ya que sea que el hecho quede tipificado como delito de la ley 24.769 o como infracción administrativa de la ley 11.683.

Esta situación, exacerbada por la redacción de los artículos 17 y 20 de la Ley Penal Tributaria, afectaría el principio de *ne bis in idem*, poniendo en riesgo la seguridad jurídica ante la eventual concurrencia de sentencias contradictorias en los ámbitos judicial y administrativo. Sobre este tema me explayaré más adelante.

a. 2) En el Régimen Penal Aduanero

La ley 22.415 establece por un lado, la jurisdicción judicial para los delitos tipificados en los artículos 863 y ss.; y por el otro la jurisdicción administrativa, en los casos del artículo 947 y ss. Pero ambas jurisdicciones no son simultáneas. Justamente, los artículos 1018 y 1026 del Código Aduanero distinguen las competencias cuando se trata de infracciones o de delitos aduaneros.

Por un lado, dispone la competencia originaria de la Dirección Nacional de Aduanas para entender e imponer sanciones por la comisión de infracciones aduaneras (artículo 1018 de la ley 22.415). Pero esta competencia originaria no debe confundirse con la competencia concurrente que le permite imponer penas accesorias en caso de confirmarse la responsabilidad en sede penal (artículo 1026 de la ley citada).

Si bien estas arrogancias de la Dirección Nacional de Aduanas podrían suponer “doble jurisdicción” (de conformidad con el artículo 876 del Código Aduanero), tal suposición ha sido zanjada gracias al criterio que la Corte Suprema puso de relieve en el caso “De la Rosa Vallejos”¹³⁴, en el que concretamente se determinó la aplicación de la prejudicialidad absoluta, lo cual implica suspender

¹³³ BONZON RAFART, Juan Carlos; *Difícil armonización de fallos emanados de distintas jurisdicciones que analizan idénticas bases fácticas*, ED del 8 de julio de 1997, p. 7.

¹³⁴ Fallos 305:246, sentencia del 10 de marzo de 1983.

las actuaciones administrativas hasta tanto el poder judicial dicte sentencia definitiva¹³⁵.

Los párrafos del fallo intentaron armonizar las disposiciones legales y preservar la garantía que prohíbe el doble juzgamiento y/o persecución, para evitar el escándalo jurídico.

Asimismo, el fallo estableció la accesoriedad de tales sanciones a la pena privativa de libertad, es decir que esas sanciones que puede fijar la autoridad administrativa son dependientes de aquélla¹³⁶. Y como apunta Borinsky¹³⁷, la competencia reconocida a la Dirección Nacional de Aduanas se circunscribe a la aplicación de sanciones de comiso, multa e inhabilitación, pero no responde a su jurisdicción originaria en cuestiones infraccionales aduaneras, sino a su facultad administrativa de imponer ciertas consecuencias accesorias de la condena penal.

En la práctica, si la Aduana advierte la comisión de un posible delito aduanero mientras investiga una infracción aduanera, suspenderá el trámite del expediente y remitirá copia de las actuaciones a la instancia judicial (fuero penal económico o federal, según corresponda). En cierto modo, este procedimiento mantiene a salvo el principio de *ne bis in idem*.

Por otra parte, el régimen aduanero presenta otra polémica en torno al *ne bis in idem*. Es el caso en que un hecho pueda ser calificado como infracción y como delito aduanero. Más adelante se intentará poner luz a la discusión de si el encubrimiento de contrabando (delito) y la tenencia injustificada de mercadería extranjera (infracción) son hechos distintos que concurren realmente, de acuerdo al artículo 55 del Código Penal, o se subsumen dando lugar a un sólo hecho y, por ende, a un concurso ideal en los términos del artículo 54 del mismo código.

Para estos casos, los artículos 913 y 914 del Código Aduanero establecen qué pena si impondrá cuando los hechos configuren un delito y una infracción simultáneamente o cuando lo configuren independientemente¹³⁸.

¹³⁵ ABARCA, Alfredo; *Procedimientos aduaneros*, Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 57 y ss.

¹³⁶ En el caso “De la Rosa Vallejos”, el imputado había sido procesado por el delito de contrabando, y posteriormente fue sobreseído por la justicia en lo Penal Económico, por entender que el hecho investigado no constituía delito. No obstante ello, la Administración General de Aduanas, acogiéndose a las facultades a ella conferidas por el art. 196, inc. 1º, de la Ley de Aduana, condenó al nombrado a las sanciones de multa y decomiso, por considerarlo responsable del delito de contrabando en tentativa. Con posterioridad, De la Rosa Vallejos apeló dicha resolución ante la Cámara en lo Penal Económico, y este Tribunal la revocó fundándose en que una vez dictado en sede judicial el sobreseimiento basado en la inexistencia de contrabando, la sanción impuesta por la Aduana deviene violatoria de la garantía del *non bis in idem*. La Corte Suprema confirmó este último decisorio, basándose en que el sumario administrativo y el proceso penal por el mismo hecho no vulnera la garantía, si las responsabilidades que se adjudican y aplican son diferentes. Pero si la sanción administrativa es accesoria de la penal, ambas dependen de la comprobación del mismo delito y si se dicta el sobreseimiento respecto al ilícito, juega la garantía contra el doble juzgamiento.

¹³⁷ BORINSKY, Mariano H.; *Principio non bis in idem. Concurrencia*, cit., El Dial.com, del 12/04/05.

¹³⁸ BONZON RAFART, Juan Carlos; *Concurso de delitos aduaneros e infracciones*, ED, Tomo 178-879; *Importante fallo relacionado con la distinción entre delitos e infracciones aduaneras*, ED del 9 de noviembre de 2001.

En la práctica sucede que si en sede judicial, mientras se investiga un presunto delito aduanero, se descartan los indicios para indagar sobre esa calificación, pero se detectan otros que permiten encuadrarlo en una posible infracción, entonces se dicta una resolución remisorio y se remiten las actuaciones a la sede administrativa aduanera.

X. NE BIS IN IDEM EN EL RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO

Bajo este acápite estudiaré cuatro supuestos que rozan los límites del *ne bis in idem*. Para abordar el primero de ellos propongo retomar las consideraciones referidas a la conflictiva convivencia entre la jurisdicción penal (tributaria) y la jurisdicción administrativa (fiscal). Repasaré algunos casos en que se superponen las órbitas de juzgamiento, al punto de poner en peligro ciertas garantías constitucionales que dirigen los procesos. Para estos casos se apela a la prejudicialidad como alternativa precautoria para evitar el escándalo jurídico.

El segundo supuesto se refiere a la posibilidad de considerar inconstitucional el artículo 17 de la Ley Penal Tributaria, 24.769, en tanto tiene prevista la coexistencia de penas y sanciones administrativas, dando lugar a supuestos de *bis in idem*.

El tercer supuesto que desafía el alcance del *ne bis in idem* sucede cuando, tratándose de tributos diferentes, parte de la jurisprudencia considera que se trata de una misma maniobra de fraude tributario y, por ende, de un mismo hecho de evasión, por lo que el juzgamiento de la evasión de uno de los tributos hace cosa juzgada respecto de la evasión otros tributos producidos por la misma maniobra.

El cuarto supuesto de conflicto revela el impacto del “delito continuado” y de “cosa juzgada” respecto del *ne bis in idem*. Tomando el caso “Eurnekian” como eje de análisis, se podrá explicar la repercusión de estos institutos en las decisiones jurisdiccionales.

Para finalizar se ilustrarán las discusiones de *ne bis in idem* con algunos precedentes jurisprudenciales de los tribunales competentes en materia penal económica.

X a. La persecución de infracciones y delitos: cosa juzgada y prejudicialidad

El principio de cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y así lo ha entendido la corte nacional¹³⁹. Los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada quedan incorporados al patrimonio y protegidos por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional¹⁴⁰. Toda sentencia ejecutoria supone un derecho adquirido del que es titular la parte que en ella se beneficia.

¹³⁹ Fallos 315:2406

¹⁴⁰ Fallos 307:1709

Desconocer esta situación contraría la garantía de la propiedad¹⁴¹ y las ventajas de la seguridad jurídica.

Veamos como se conectan los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem*. En la ley procesal existen mecanismos para hacer valer la proscripción de la persecución múltiple. Es así que cuando se intenta perseguir a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho punible en otro procedimiento, la ley procesal nos da la posibilidad de evitar el perjuicio que implicaría la doble sanción invocando la excepción de cosa juzgada. Y en el caso que la persecución sea simultánea podemos echar mano a la excepción de litispendencia¹⁴².

Sólo puede alegarse la excepción de cosa juzgada cuando por la misma cosa y por el mismo derecho, se renueva una contienda judicial fenecida por sentencia firme¹⁴³.

“El régimen de la cosa juzgada abarca dos aspectos conexos: a) la estabilidad de las decisiones judiciales, que es la exigencia primaria de la seguridad jurídica, y b) el derecho adquirido que corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoria, derecho que representa para su titular una propiedad *lato sensu*¹⁴⁴. A fin de establecer la existencia de cosa juzgada (...) corresponde realizar un examen integral de las contiendas y así determinar si la sentencia firme ya ha decidido lo que forma parte de la pretensión deducida. No es necesaria la concurrencia de las tres identidades clásicas, pues lo esencial es determinar si los litigios, considerados en su conjunto, son idénticos o no, contradictorios o susceptibles de coexistir¹⁴⁵. Y si esas identidades se comprueban quedan anulados los efectos de la segunda sentencia por afectar el orden constitucional y por ello puede ser declarada de oficio.

Como se vio, el artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación establece que “nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”, y por su parte, las convenciones internacionales también resguardan este principio. Y sobre estos cimientos legales cobra fuerza la doctrina de la Corte según la cual “si un derecho ha sido afirmado o negado en un proceso, habrá identidad de objeto si en un nuevo proceso se pone en cuestión el mismo derecho, aún cuando fuera para sacar de él otra consecuencia que no hubiera sido deducida en el proceso originario¹⁴⁶. La regla es que siempre que la acción sea la misma, habrá cosa juzgada¹⁴⁷.

La cosa juzgada es un efecto procesal y sustancial de la sentencia firme que, por razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro proceso

¹⁴¹ Fallos 294:434; 209:303; 237:563

¹⁴² SEQUEIRA, Marcos; *Vías legales tendientes a evitar que se viole la regla del non bis in idem*, en *Garantías en el derecho tributario*, Mediterránea, 1° edición, Córdoba, 2003, p. 283.

¹⁴³ Fallos 155:302

¹⁴⁴ Fallos 294:434

¹⁴⁵ SEQUEIRA, Marcos A.; *Inmolación de las garantías procesales en el derecho penal tributario argentino*, en *Doctrina Penal Tributaria y Económica* N° 3, Errepar, octubre 2007, p. 28.

¹⁴⁶ Fallos 116:220

¹⁴⁷ Fallos 169:330

(cosa juzgada material). Este último efecto, se manifiesta fuera del proceso penal y hacia el futuro, paralizando la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos¹⁴⁸.

Estos son los motivos por los que el Estado está impedido de someter reiteradamente a un ciudadano a la amenaza de ser castigado. Para eso la cosa juzgada le asigna carácter inmutable a la decisión.

En respaldo de la libertad del individuo, el *ne bis in idem* impide que los mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales. Se trata del valor que el ordenamiento jurídico confiere al resultado de la actividad judicial: la subordinación a los resultados del proceso, convirtiendo en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional.

“La autoridad de cosa juzgada es la fuerza reconocida por la ley a la decisión del juez para regular jurídicamente el caso concreto decidido y darle eficacia coercitiva, o sea ejecutiva y eficacia prohibitiva, o sea como preclusión que prohíbe la repetición total o parcial del juicio sobre el mismo objeto. La finalidad del proceso es obtener *finem controversiarum pronunciatone iudicis*, es decir, llegar a un estable ordenamiento jurídico de la materia objeto de la acción judicial. Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se la modifique o revoque, sería evidente que aquélla finalidad de los juicios no podría conseguirse y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad.”¹⁴⁹

Para que la regla produzca su efecto impeditivo deberán acreditarse las tres identidades enumeradas en el acápite IV. De no ser así, se trataría de una transgresión que justifica la nulidad de la segunda sentencia por afectar el orden constitucional y por ello puede ser declarada de oficio.

Recordemos que la identidad del objeto material del proceso debe referirse al hecho principal independientemente de las modalidades suyas ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho principal quede intacto.¹⁵⁰

La mutación del título o calificación legal sin una mutación del hecho no es una razón para consentir una nueva acción penal. Si los hechos son los mismos, el principio del *ne bis in idem* impide la doble persecución penal sucesiva o simultánea.

Esta interpretación no fue compartida por la Sala “A” del Tribunal Fiscal en oportunidad de rechazar la excepción de cosa juzgada interpuesta por el defensor de un contribuyente, quién fuera sobreseído por un juez penal respecto de la evasión tributaria que se le atribuía. En sede penal se había declarado la inexistencia del delito, por considerar que no hubo “hecho

¹⁴⁸ SEQUEIRA, Marcos A.; *Inmolación de las...., cit.*, p. 29.

¹⁴⁹ MANZINI, Vincenzo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, El Foro, 1996, ps. 511 y ss.

¹⁵⁰ CARRIO, Alejandro; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ta. Edición, Hammurabi, p. 452 y ss.

imponible” generador de la obligación de ingresar tributos al Fisco Nacional. No obstante, Mauricio Wior, el contribuyente, fue posteriormente intimado por la Dirección General Impositiva al pago de los sellos devengados y al de una sanción de multa por los mismos hechos.

El Tribunal Fiscal que entendió en la apelación concluyó que “la materialidad de los hechos” indicada en el artículo 16 de la ley 23.771, excluía toda valoración de tipo jurídico. Señaló que esa disposición sólo se refería a las cuestiones fácticas, lo cual permitía la revisión de las cuestiones de derecho. Continuó afirmando que la opinión del juez penal sobre la inexistencia del hecho imponible no podía condicionar la jurisdicción de los organismos competentes que son los que deben expedirse sobre la aplicación o no del gravamen.

Esta decisión recibió duras críticas, pero a su vez estimuló nuevas propuestas para entender el alcance que la ley 23.771 confería a la excepción de cosa juzgada.¹⁵¹

En este sentido, Díaz sostuvo que el artículo 16 de la ley 23.771 había introducido el principio de prejudicialidad penal sobre la administrativa en la determinación de los hechos tributarios con el objeto de que sea la jurisdicción penal la que defina en instancia definitiva si existe hecho imponible ocultado y si dicha ocultación es ardidosa a los efectos de encuadrarla en el tipo penal. Siguiendo este pensamiento enfatizó que la decisión del juez penal, que determinó la ausencia del hecho imponible, constituyó un auténtico límite a la jurisdicción del Tribunal Fiscal de la Nación para conocer en idéntica materia tributaria, lo cual impedía a este último conocer en las mismas cuestiones tributarias que ya habían sido valoradas y juzgadas en el marco de una investigación penal tributaria.

Coincidió en que la anterior Ley Penal Tributaria no permitía la calificación dual, porque para calificar una evasión tributaria sólo existe la ley específica del impuesto. Fue equivocada la interpretación del Tribunal Fiscal cuando consideró que la exención tributaria juzgada en el fuero penal era de distinta especie para el conocimiento del órgano administrativo.

Entiendo que la prejudicialidad tiene la función de determinar la existencia o no del hecho imponible, el cual no puede ser deslindado a razón de la sede que lo juzgue. No podemos hablar entonces de “hecho imponible penal” y de “hecho imponible administrativo”; hay un único hecho imponible y la declaración de su existencia o inexistencia en sede penal es vinculante para la jurisdicción administrativa.

Como ya lo mencionara, el artículo 20 de la ley 24.769 presenta una redacción mucho más estricta que la del anterior artículo 16, en tanto sólo se refiere a la armonización de normas penales e infracciones.

¹⁵¹Ver artículos: DIAZ, Vicente Oscar; *Escándalo jurídico de una sentencia del Tribunal Fiscal. Singular doctrina de la Sala A: Repudio al non bis in idem*, Periódico Económico Tributario N° 118, del 3 de octubre de 1996; GODOY, Norberto J.; *El Tribunal Fiscal de la Nación y el principio non bis in idem*, Periódico Económico Tributario N° 128, del 3 de marzo de 1997.

Creo que resultaría conveniente incluir también la armonización de las decisiones penales con las administrativas para dar solución a casos como el que acabo de comentar.¹⁵²

X b. Inconstitucionalidad del artículo 17: coexistencia de penas y sanciones administrativas

En algunos aspectos, la estructura de la ley penal tributaria parece estar diseñada de espaldas a la garantía que prohíbe el *bis in idem*. De este modo, se permitió la acumulación sucesiva de sanciones de naturaleza penal en materia tributaria, lo cual posibilita al juez administrativo imponer una sanción de naturaleza penal (generalmente una multa), luego que el juez penal le aplicara pena privativa de libertad por los mismos hechos.

En la República Argentina coexisten, principalmente, dos leyes que prevén la aplicación de sanciones de naturaleza penal para castigar la comisión de conductas ilícitas que signifiquen el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el régimen tributario.

Estas obligaciones pueden consistir en el ingreso del importe correspondiente a los tributos (obligaciones materiales) o a cualquier otra clase de obligaciones que hacen al funcionamiento del sistema tributario (obligaciones formales, por ejemplo, de presentar declaraciones juradas, de someterse a las inspecciones o verificaciones del fisco, de actuar como agente de retención o de información); y pueden recaer tanto en los contribuyentes como en terceros ajenos a la realización del hecho imponible.

Por un lado, la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) prevé sanciones tanto por infracciones a los deberes formales (art. 38 y agregado a su continuación, art. 39 y agregados a su continuación, art. 40 y agregados a su continuación), como por infracciones a los deberes materiales (omisión de pago -art. 45-, y defraudación, prevista en los art. 46 y agregado a su continuación, y en el art. 48). Las conductas típicas previstas en esta ley son sancionadas con multa y, en algunos casos, con la aplicación de clausura, suspensión de la matrícula, licencia o inscripción registral y decomiso de mercaderías.

Por otro lado, la ley 24.769 dispone aplicar pena privativa de libertad y accesorias para los responsables de los delitos en ella previstos, cuya figura principal es la de evasión, consistente en la defraudación al fisco, por intermedio de ardid o engaño.

Dado que existen conductas que, verificadas en la realidad, podrían ser encuadradas típicamente, al mismo tiempo, en figuras previstas en ambas leyes, existen dos disposiciones de coordinación en la ley 24.769, a saber:

Artículo 17 - Las penas establecidas por esta ley serán impuestas sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales.

¹⁵²BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Difícil armonización ...cit.*

Artículo 20 - La formulación de la denuncia penal no impedirá la sustanciación de los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a la determinación y ejecución de la deuda tributaria o previsional, pero la autoridad administrativa se abstendrá de aplicar sanciones hasta que sea dictada la sentencia definitiva en sede penal. En este caso no será de aplicación lo previsto en el artículo 76 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones). Una vez firme la sentencia penal, la autoridad administrativa aplicará las sanciones que correspondan sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en la sentencia judicial.

Según el sistema descripto, y retomando la función de la prejudicialidad, parecería posible la existencia de casos en los que, luego de haberse aplicado una sanción en virtud de sentencia dictada por un juez con competencia penal, se lleve adelante además un procedimiento para la aplicación de una nueva pena, esta vez en sede administrativa. Estos casos pueden darse en la práctica especialmente respecto de las figuras típicas previstas en los arts. 1° a 4° de la ley 24.769 y en los arts. 45 y 46 de la ley 11.683. Corresponderá analizar, sin embargo, la validez de esta doble persecución penal, a la luz de la garantía del *ne bis in idem*.

Es claro el criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que la prohibición del *ne bis in idem* abarca no sólo la doble punición, sino también la doble persecución penal de la persona por el mismo hecho. En un comentario referido a este criterio, el autor Fernando Lisicki¹⁵³ opina que la Corte Suprema de Justicia, al definir la existencia de esa doble persecución, no tuvo en cuenta ni la sede en que los procesos tuvieron lugar ni el cuerpo normativo en que se encontraban previstas las conductas punibles. Lo único que parece haber sido tenido en cuenta, según Lisicki, es la misma naturaleza penal de las sanciones que resultarían aplicables.

Vale recordar que la Corte Suprema de Justicia basó su pronunciamiento en la consideración de que las sanciones impuestas por la Aduana (decomiso y multa) son penas accesorias a la pena privativa de la libertad, cuya competencia corresponde al órgano judicial, y resulta indispensable, para la imposición de aquéllas, la previa condena en sede penal¹⁵⁴. Por lo tanto, si bien el precedente resulta ilustrativo del criterio de la Corte Suprema en cuanto a la extensión de la garantía contra el doble juzgamiento a los casos de doble persecución, aun cuando el segundo procedimiento tenga lugar en sede administrativa, pienso que los alcances de su doctrina sólo abarcarían los supuestos en que el órgano judicial haya determinado la inexistencia de delito.

Por el contrario, y si bien la Corte Suprema de Justicia, desde hace décadas, sostiene la naturaleza esencialmente penal de las sanciones previstas en la ley 11.683¹⁵⁵, no han existido pronunciamientos donde haya tenido oportunidad de

¹⁵³ LISICKI, Fernando M.; *Coexistencia de penas y sanciones administrativas en materia penal tributaria: ¿Es inconstitucional el art. 17 de la LPT por afectación a la garantía de ne bis in idem?*, en ALTAMIRANO, Alejandro y RUBINSKA, Ramiro (coordinadores); *Derecho penal tributario*, Tomo II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 1056 y ss.

¹⁵⁴ CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, p. 593

¹⁵⁵ Fallos: 271-297, "Parafina del Plata S.A." (2/9/1968); Fallos: 303-1548, "Uzandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L." (15/10/1981); Fallos: 321-1043, "Lapiduz, Enrique" (28/4/1998), entre otras causas.

expresarse acerca de la validez de las normas que posibilitan la aplicación de penas en sede administrativa con posterioridad a la condena por alguno de los delitos de la ley 24.769.

Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación

La sala C del Tribunal Fiscal de la Nación se expidió en la causa “Jockey Club Asociación Civil”¹⁵⁶, el 29 de abril de 2010, respecto de la procedencia de la excepción de cosa juzgada, planteada por un contribuyente en un caso en que, en sede administrativa, se impuso una multa por infracción al art. 45 de la ley 11.683, luego de que el juez penal, a instancia del fiscal, resolviera desestimar la denuncia y concluir la investigación por presunta comisión de un delito de la ley 24.769. La decisión del juez de instrucción había considerado insuficientes los elementos colectados para imputar penalmente a los presuntos imputados.

El Tribunal Fiscal rechazó la existencia de una violación al principio *ne bis in idem* en base a la diferencia entre las atribuciones de la justicia penal y la administrativa en materia de sanciones. En ese sentido, diferenció los delitos previstos en la ley 24.769 de las infracciones administrativas diciendo que el legislador, al sancionar el art. 17 de la ley 24.769, ha expresado su unívoco criterio que las penas de prisión allí establecidas se impongan sin perjuicio de las sanciones administrativas fiscales preexistentes.

Pero como está vedado al Tribunal Fiscal expedirse sobre la inconstitucionalidad de las normas (art. 185, ley 11.683), la interpretación del art. 17 no pudo trascender. Por esta razón, si bien el fallo parece suscribir la doctrina de la diferencia sustancial entre los delitos penales y las infracciones administrativas, no se puede decir que se haya considerado allí la totalidad de las cuestiones que se encontraban en juego.

Doctrina

Existen dos líneas principales acerca de la existencia de violación al principio *ne bis in idem* en el régimen conjunto de las leyes 11.683 y 24.769. Algunos autores consideran que no existe obstáculo para la imposición de sanciones en sede penal y administrativa, por un mismo hecho, otros entienden que de esa manera se vulnera el orden constitucional.

Entre quienes sostienen la legitimidad del sistema vigente, Chiara Díaz se basa sobre la naturaleza contravencional de las sanciones de la ley 11.683 y deslinda, dentro del poder represivo estatal, dos órbitas bien diferenciadas: una de naturaleza penal y otra contravencional¹⁵⁷. A partir de esta diferencia surge la distinción de *causa pretendi* entre el proceso tendiente al castigo de un delito penal y el desarrollado en sede administrativa.

Para ampliar sobre el tema ver SCOPONI, Cristián Fernando; *Debido proceso y doble instancia en el ámbito infraccional tributario*, publicado en Suplemento Especial Tributario de El Derecho (28/8/2007).

¹⁵⁶ La Ley on line, cita: AR/JUR/37642/2010.

¹⁵⁷ CHIARA DIAZ, Carlos, *Ley penal tributaria y previsional 24.769*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 317.

Dice entonces este autor: "...si bien puede existir identidad de persona juzgada y de comportamiento reprochado, lo diferente radica en la *causa pretendi*, esto es, cuando la acusación y condena tuvieron en cuenta en un proceso penal el carácter de delito de aquél, mientras en sede administrativa fiscal tal accionar será relevado en el plano disciplinario contravencional, con principios y alcances distintos respecto de la culpabilidad y de las características de las faltas"¹⁵⁸.

Por su parte, Edwards¹⁵⁹ busca conciliar la aplicación del art. 17 de la ley 24.769 con el principio *ne bis in idem*, apelando a las reglas del concurso ideal previstas en el art. 54 del Código Penal, por el cual "...frente a una misma unidad delictiva se aplica la sanción al mayor que es la de la pena de prisión". No obstante, la doctrina ha considerado erróneo este criterio dado que, más allá de la identidad ontológica entre infracciones y delitos, la regla del Código Penal estaría destinada a regular únicamente la concurrencia de estos últimos entre sí¹⁶⁰.

Reconocida por la Corte Suprema de Justicia la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común a las sanciones administrativas previstas en la ley 11.683, la doctrina mayoritaria sostiene la inconstitucionalidad de las normas de la ley 24.769 que permiten la aplicación de éstas respecto de los mismos hechos ya juzgados en sede penal.

Una de las expresiones más categóricas en este sentido es la de Giuliani Fonrouge y Navarrine¹⁶¹, para quienes "... la ley 23.771, en su art. 15, legaliza la violación del principio *ne bis in idem*, al permitir que una misma infracción pueda ser sancionada con distintas penas de naturaleza penal. En la ley 24.769, al igual que en la ley 23.771, el sistema tributario prevé entre las sanciones la pena privativa de libertad, la que se aplica a cada uno de los delitos tributarios que tipifica, por lo que concurre con las sanciones de la ley 11.683, de multa o clausura. Y, no obstante denominarse a las sanciones como "administrativas", no hay duda de que las multas son de naturaleza penal, igual que la clausura".

En la misma línea de pensamiento, Villegas¹⁶², en relación al art. 17 de la ley 24.679, afirma: "...la disposición puede significar una ilegal imputación duplicada por un solo hecho que constituye un solo acto típico, con lo cual la pretensión de doble juzgamiento y doble condena es inconstitucional, por violar el principio *ne bis in idem*".

¹⁵⁸ CHIARA DIAZ, Carlos, *ob. cit.*, p. 316.

¹⁵⁹ EDWARDS, Carlos E.; *Régimen penal tributario. Leyes 24.765 y 24.769. Delitos tributarios previsionales y fiscales. Procedimientos administrativo y penal. Clausura tributaria. Jurisprudencia*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 86.

¹⁶⁰ CATANIA, Alejandro; *Régimen penal tributario. Estudio sobre la ley 24.796*, segunda edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 251.

¹⁶¹ GIULIANI FONROUGE, Carlos M. y NAVARRINE, Susana Camila; *Procedimiento tributario y de la seguridad social*, undécima edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot,, Buenos Aires, 2010, p. 773.

¹⁶² VILLEGAS, Héctor B.; *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, novena edición, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 583.

Spisso¹⁶³ enérgicamente ha señalado la inconstitucionalidad de esta norma, al decir: “La violación de los derechos individuales se agrava cuando la ley, además de instituir un doble juzgamiento, circunscribe el alcance de la cosa juzgada, emergente de la sentencia penal, a la sola materialidad de los hechos”. Expone como ejemplo el caso del sobreseimiento en sede penal, por ausencia de culpabilidad, que no impediría que el contribuyente pudiera ser considerado incurso en la defraudación del art. 46 de la ley 11.683.

Otro autor que se pronuncia en este mismo sentido es Thomas¹⁶⁴ para quien, en derecho penal, “...tras la condena, no cabe imponer otro mal que el ya impuesto (...) La multa es un mal y, como tal, no puede ser impuesta a quien ya ha recibido una sanción penal (...) El ente recaudador sólo tiene la facultad de reclamar los daños y perjuicios irrogados, dentro de lo cual está la obligación omitida”.

Lisicki¹⁶⁵ coincide con la línea mayoritaria al señalar que la posibilidad de que una persona sea perseguida penalmente por un mismo hecho, con fundamento en la ley 24.769 y en la ley 11.683, implica una transgresión a la garantía constitucional y, por lo tanto, las normas que la permiten son inconstitucionales. En base a esto, propone como posible solución: que la ley penal tributaria establezca penas de prisión y multas para los delitos ya tipificados en la misma y de tipos culposos correspondientes a esos mismos delitos; pues de este modo se evitaría el reproche de inconstitucionalidad por violación a la garantía de *ne bis in idem*: “La garantía en cuestión tiene todo que ver con la multiplicación de persecuciones penales y nada que ver con la acumulación de sanciones penales como resultado de una persecución penal, en un único proceso”.

La sentencia “Ruotsalainen v. Finlandia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Además de tratarse de la decisión jurisdiccional más relevante dictada en el ámbito del derecho europeo, con respecto al tema que nos ocupa, las consideraciones realizadas, hacen de este fallo -dictado el 16 de junio de 2009- un importante precedente al analizar la cuestión del *ne bis in idem* cuando se aplica una sanción administrativa luego de una sentencia penal condenatoria.

Este caso resuelve sobre la validez de aplicar una sanción administrativa (denominada “tasa sobre combustibles”¹⁶⁶, pero que en los hechos resulta asimilable a una multa, de acuerdo a lo indicado por el propio Tribunal), con posterioridad a que, respecto de los mismos hechos, se hubiera penado a la

¹⁶³ SPISSO, Rodolfo R.; *Derecho constitucional tributario*, cuarta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 518.

¹⁶⁴ THOMAS, Ricardo; *Régimen penal tributario. Ley 24.769. Análisis de los tipos penales. Ley más benigna*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 115/117.

¹⁶⁵ LISICKI, Fernando M., *ob. cit.*, p. 1064.

¹⁶⁶ *Fuel fee* en el original inglés. Frente a la inexistencia de un término en español que corresponda a esa expresión, optamos por traducirla como “tasa sobre combustibles” y no como “multa tributaria”, según lo exponen otras traducciones; lo hacemos para diferenciarla de la multa aplicada (*fine*) en sede penal.

persona con multa por la comisión de un delito tributario previsto en el Código Penal.

La conducta sancionada en ambos casos fue la de utilizar determinado tipo de combustible sin haber notificado previamente a la administración acerca de dicho uso. La omisión de cumplir con dicha notificación es penada con una tasa agravada, cuyo importe triplica la tasa normal. El Tribunal consideró que esta tasa funciona como sanción administrativa y, por lo tanto, tiene naturaleza penal.

La evasión en el pago del impuesto a los combustibles también se halla sancionada en el Código Penal: encuadra en la figura de defraudación tributaria menor”, y le resulta aplicable una pena de multa.

A partir de esta normativa, el 26 de febrero de 2001, en sede penal, se aplicó a la actora una multa de 121 euros, luego de un proceso penal sumario, por la comisión de defraudación tributaria menor. Con posterioridad, el 17 de septiembre de 2001, en sede administrativa¹⁶⁷, se impuso a la misma persona una tasa sobre combustibles de 15.137 euros; este monto fue calculado sobre la base del tiempo que la administración presumió que había sido utilizado el combustible indebido en el vehículo.

El recurso del imputado, por lo tanto, fue interpuesto contra esta última resolución, respecto de la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió decidir si resultaba violatoria del art. 4 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual prevé en la parte pertinente:

“1. Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado a causa de una infracción por la que ya ha sido absuelto o condenado en un juicio definitivo, con arreglo a la ley y al procedimiento penal de dicho país.”

Por tanto, para determinar si existía un *bis in idem*, contrario a lo dispuesto en esa Convención, el Tribunal consideró, primero, si ambas medidas (sanciones) habían sido impuestas mediante un “procedimiento penal” y, segundo, si habían sido impuestas por un mismo hecho.

Para establecer en qué casos corresponde hablar de “procedimiento penal”, en los términos del art. 4 de la Convención, el Tribunal resaltó que esa determinación no depende de la clasificación que la legislación del Estado otorgue al procedimiento. De lo contrario, resultaría muy fácil a los Estados firmantes sustraer la cuestión de los alcances de la norma convencional, al manipular las designaciones conferidas a cada tipo de trámite en su legislación procesal. Por eso, dijo el Tribunal que para la adecuada interpretación del término “procedimiento penal” se debe acudir a los principios utilizados en sentencias anteriores para determinar los alcances de los conceptos “imputación penal” y “sanción” de los arts. 6 y 7 de la Convención, conocidos como los “criterios Engel”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Por parte de un organismo cuya denominación fue traducida al inglés como “Vehicle Administration”.

La jurisprudencia de este Tribunal fija tres criterios, comúnmente conocidos como los “criterios Engel”, que deben ser considerados para determinar si hubo, o no, una “imputación penal”. El primer criterio es la clasificación legal de la infracción por parte de la ley nacional; el segundo es la verdadera naturaleza de la infracción; y el tercero es el grado de severidad de la sanción que la persona afectada se arriesga a recibir. El segundo y el tercer criterio son alternativos y no necesariamente acumulativos. Es suficiente con que la infracción en cuestión pueda ser considerada de naturaleza penal o que la infracción someta al responsable a una sanción que por su naturaleza y grado de severidad pertenezca al ámbito penal. La relativa levedad de la sanción no puede despojar a la infracción de su intrínseca naturaleza penal. Esto no excluye un enfoque acumulativo cuando un análisis separado de cada criterio no permita obtener una conclusión clara acerca de la existencia de una imputación penal.

En estos términos, en el caso analizado es claro que la primera sanción (la multa por defraudación tributaria menor) fue impuesta en un procedimiento penal y adquirió fuerza de cosa juzgada al no haber sido apelada por el imputado. Queda por determinar la naturaleza del procedimiento en que se aplicó la “tasa sobre combustibles”.

Sobre ese particular, el Tribunal analizó: “...De acuerdo al primero de los “criterios Engel”, queda claro que la “tasa sobre combustibles” no estaba clasificada como penal, sino como parte del régimen fiscal. Sin embargo, esto no es decisivo. En este sentido, el Tribunal ha decidido previamente que el ámbito considerado en el sistema legal finlandés como “administrativo” incluye ciertas infracciones que tienen connotaciones penales, pero que son demasiado leves como para ser reguladas por la ley y el procedimiento penal...”.

Entonces, al descartar que la calificación de la infracción como “administrativa” por parte de la ley finlandesa es decisiva para determinar el verdadero carácter del procedimiento, corresponde analizar el segundo de los criterios, es decir, la naturaleza de la infracción sancionada, que el Tribunal reconoció como el más importante de los tres.

Ante todo, se destaca el hecho de que la norma que tipifica la infracción tiene carácter general, en el sentido de estar dirigida a todos los ciudadanos que pudieran resultar encuadrados, sin exigir condición subjetiva especial alguna (en el sentido de pertenecer a cierto grupo determinado).

A continuación, traigo a colación lo que considero una de las partes más importantes de la sentencia, aquella en la cual el Tribunal considera la verdadera finalidad de la “tasa sobre combustible”.

En primer lugar, descarta que la imposición de la tasa pudiera tener finalidad únicamente resarcitoria (como argumentara el Estado finlandés),

¹⁶⁸ Estos criterios de interpretación fueron desarrollados por primera vez en la sentencia “Engel y otros v. Países Bajos”, del 8 de junio de 1976.

especialmente debido a su importe, que triplica el monto normal del tributo. Dice entonces el Tribunal: "...Respecto al argumento del Estado de que la "tasa sobre combustibles" fue concebida como resarcimiento pecuniario por un daño, no resulta convincente para el Tribunal, de acuerdo a las circunstancias del presente caso. Puede ser que la "tasa sobre combustible" aplicada se haya correspondido con el daño causado, concretamente con la recaudación perdida. Sin embargo, debe ser destacado que la "tasa sobre combustible" impuesta consistía en el triple de la cuota tributaria". Como consecuencia, descartada la finalidad únicamente resarcitoria, el Tribunal concluye que la tasa fue instituida por el legislador con fines preventivos y retributivos, dos características que definen a las sanciones de naturaleza penal.

Cito textualmente: "Ello debe ser considerado en opinión del Tribunal como una sanción dirigida a prevenir la reincidencia, lo cual es reconocido como una característica de las sanciones. Por ello puede concluirse que la sanción tributaria fue impuesta por una norma cuya finalidad era no solamente resarcitoria, sino preventiva y sancionadora. El Tribunal considera que ello determina la naturaleza penal de la infracción."

Definida de esta manera la naturaleza de la sanción impuesta, esto es, el carácter penal del procedimiento, resulta innecesario entrar en el análisis del tercero de los criterios. Para el Tribunal quedó suficientemente acreditado que la segunda de las sanciones fue impuesta también en un "procedimiento penal", tal como lo exige el art. 4 de la Convención. Sólo queda por determinar la configuración del elemento *idem*, es decir, si ambas sanciones fueron aplicadas por un mismo hecho.

Para hacerlo, el Tribunal acudió al criterio definido en el precedente "Serguei Zolotukhin v. Rusia"¹⁶⁹, resuelto apenas unos meses antes, en el cual se armonizaron los diferentes enfoques utilizados hasta ese momento a lo largo de su jurisprudencia, para definir en los hechos la existencia de una doble sanción por la "misma infracción". A partir de "Zolotukhin" se adoptó el criterio de que el elemento *idem* es determinado por la existencia de una segunda persecución, o enjuiciamiento, derivada de "...hechos idénticos o de hechos que son sustancialmente los mismos...", a los que constituyeron la infracción sancionada en la primera oportunidad.

Así, se analizaron los antecedentes fácticos de cada una de las sanciones y se entendieron como relevantes "...aquellos hechos que constituyan un conjunto de circunstancias fácticas concretas relacionadas con el mismo recurrente y que están inseparablemente unidas en el tiempo y en el espacio."

En este sentido, el Tribunal verificó que la multa en sede penal fue aplicada "...sobre la base de que el recurrente usó un combustible menos gravado que el diesel en el tanque de su vehículo, sin haber pagado el impuesto adicional...", y que en el procedimiento administrativo la "tasa sobre combustibles" se impuso por la circunstancia de que el recurrente utilizó en su automóvil, "durante el año 2001, un combustible menos gravado que el diesel" y omitió informar con

¹⁶⁹ Sentencia del 10 de febrero de 2009.

anticipación sobre dicha circunstancia a la autoridad administrativa, para abonar la tasa correspondiente.

La conclusión a la que arriba la sentencia sobre este punto es que estaba cuestionada una misma conducta, de la misma persona y en el mismo periodo temporal y que los antecedentes fácticos considerados en ambos procedimientos apenas difieren (aun a pesar de que la figura del Código Penal exigía el requisito de intencionalidad para su configuración), por lo que los hechos que dieron origen a la sanción de ambas infracciones resultan ser “sustancialmente los mismos”, a los efectos del art. 4 de la Convención.

Creo relevante el hecho de que el Tribunal haya dado preeminencia a la identidad referida, a pesar del carácter doloso de la figura del Código Penal y de la clara negligencia que anida tras la mentada “tasa”¹⁷⁰.

De esta manera, el Tribunal pudo establecer que la aplicación de la “tasa sobre combustibles”, por parte de la Administración resultó ser en realidad una segunda sanción penal, impuesta a causa de una infracción por la que el recurrente ya había sido condenado en un procedimiento penal previo, todo ello en franca violación al principio *ne bis in idem*, contemplado en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Una posible conclusión

La sentencia examinada puede tener influencia decisiva en nuestro sistema; no sólo por el impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre nuestro Alto Tribunal, en forma directa e indirecta -vía Corte Interamericana de Derechos Humanos-, sino también en la identidad de las normas reguladoras del derecho fundamental de prohibición de doble persecución penal.

¹⁷⁰ El Tribunal expresa en el considerando 56: “Resumiendo, los hechos que dieron lugar a la sentencia penal sumaria contra el recurrente se referían al hecho de que había usado en su vehículo un combustible menos gravado que el diesel, sin haber pagado el impuesto adicional por dicho uso. La “tasa sobre combustibles” fue impuesta porque el recurrente utilizó en su vehículo un combustible menos gravado que el diesel y el importe exigible fue triplicado por haber omitido informar previamente acerca de esta circunstancia. Esta última circunstancia ha sido considerada previamente como constitutiva de una sanción dirigida a prevenir la reincidencia. Por ello, los hechos en los dos procedimientos apenas difieren, a pesar de la exigencia del requisito de intencionalidad en el primero de los procedimientos. Por ello, el Tribunal considera que los hechos de las dos infracciones deben ser considerados como sustancialmente los mismos a los efectos del artículo 4 del Protocolo 7. Como el Tribunal ha sostenido, los hechos de ambas infracciones sirven por sí solos como punto de comparación (ver Sergey Zolotukhin v. Russia). Por último, el Tribunal señala que el segundo procedimiento no se encuentra incluido en las excepciones contempladas en el segundo apartado del citado artículo”. El peso de la identidad fáctica también fue privilegiado, aunque no con el alcance indicado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos al sostener que “al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana” (Caso Loayza Tamayo vs. Perú -Fondo- Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 77).

Entiendo que el Tribunal Europeo, al revertir su anterior jurisprudencia¹⁷¹ y tornar irrelevante el elemento subjetivo exigible en las distintas esferas -penal judicial e infraccional administrativa- da por tierra las opiniones que, en nuestro medio, han tenido la propensión de justificar la imposición de sanciones penales tributarias sucesivas sobre la base de sutiles distinciones jurídicas que –erróneamente- aflúan para diversificar la causa de pretensión.

A partir de la idea de que todo sistema jurídico debe ser estructurado desde los lineamientos otorgados por la Constitución Nacional, considero que no resulta legítimo escindir determinados ámbitos normativos para que queden al margen de los derechos y garantías consagrados por aquélla. Suscribo la consideración del *ius puniendi* como una atribución unificada del Estado, aun en los casos en que deba abreviar en normas de derecho penal común o en disposiciones administrativas de contenido penal. La potestad del ejercicio represivo es una sola y en ningún caso puede quedar exenta de las limitaciones que derivan del texto constitucional.

Esta consideración coincide con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que reconoce la naturaleza penal de las sanciones administrativas, a las que le resultan aplicables los derechos y garantías del derecho penal común. En definitiva, no es posible diferenciar ontológicamente las infracciones de los delitos y las sanciones previstas por normas destinadas a ser aplicadas por órganos de la administración, tienen naturaleza eminentemente penal.

Considero que el sistema vigente, que por la combinación de lo dispuesto en las leyes 24.769 y 11.683 admite que en sede administrativa se apliquen sanciones por hechos que ya han sido objeto de condena, absolución o sobreseimiento por parte de un juez penal, resulta inconstitucional por oponerse a la garantía del *ne bis in idem*. Creo también que esta situación podría ser salvada por intermedio de una reforma legislativa que establezca la posibilidad de que, ante el juzgamiento de un delito, sea el juez penal el que asuma la posibilidad de imponer, junto con la pena privativa de libertad, la sanción prevista, por ejemplo, en el art. 46 de la ley 11.683¹⁷². Esto último es posible de realizar con el estado actual del sistema, al amparo del art. 22 *bis* del Código Penal¹⁷³, sin bien con las limitaciones cuantitativas que dicha norma impone.

Además es preferible interpretar los derechos fundamentales a favor del contribuyente imputado teniendo en cuenta la satisfacción inicial del poder

¹⁷¹ En “Ponsetti and Chensel v. France” (del 14 de septiembre de 1999) el TEDH se sostuvo que no se verificaba el *bis in idem* atento a que las sanciones penales diferían en cuanto una exigía dolo y la otra solo culpa, con lo cual se entendió que no se trataba de la misma infracción. Dicha doctrina fue receptada en España en la Sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional.

¹⁷² Sobre el punto se debe tener en cuenta: “El principio *ne bis in idem* prohíbe la aplicación de una nueva sanción por un mismo hecho ya juzgado y castigado, mas no la simultánea aplicación de penalidades como consecuencia de la persecución de un mismo hecho, siempre que se respete el principio de la razonabilidad de las penas impuesto por la Constitución Nacional” (considerando 4º in fine de la disidencia del doctor Boggiano, coincidente, en este punto, con el voto de la mayoría en la causa “Moño Azul S.A.”, Fallos: 316-687).

¹⁷³ Art. 22 bis: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos”.

punitivo estatal con la primer sanción y la leve mengua que implicaría negar la segunda posibilidad de sancionar, frente a la necesidad de salvaguardar una nueva intromisión en las libertades individuales. Esta interpretación satisface el “mandato de optimización” que implica todo derecho fundamental¹⁷⁴.

X c. Delito continuado, cosa juzgada y *ne bis in idem*

El delito continuado es una ficción jurídica basada en la teoría de la unidad de la acción delictiva, que engloba en un tratamiento jurídico unitario (para efectos procesales y sancionatorios) a un conjunto de hechos desplegados por un sujeto activo, vulnerantes de bienes jurídicos de un mismo sujeto pasivo, vinculados por una única resolución o designio criminal del autor. Así, en un período de tiempo determinado un sujeto puede realizar una serie de actos contra un mismo sujeto pasivo y el tratamiento que recibirán estos hechos por parte del ordenamiento jurídico serán de delito continuado. Sin embargo, esta ficción jurídica puede generar algunas dificultades en su aplicación de cara a la institución de la cosa juzgada.

Me pregunto cómo se resuelve una nueva pretensión punitiva cuando recae sobre hechos integrantes de un delito continuado que ya recibieron sentencia firme y ejecutoria. También me pregunto cómo deberíamos encarar el juzgamiento de hechos integrantes de ese delito continuado que no fueron conocidos por el juzgador en el primer pronunciamiento.

¿Cabe tratar unitariamente a los “nuevos hechos” de un delito continuado? ¿No es acaso lo que pretenden evitar las reglas procesales que regulan el delito continuado?

Repasemos algunas consideraciones. Es conocida la discusión que siempre existió en el pensamiento penal acerca de la conveniencia político-criminal de lo que se ha dado en llamar como *el delito continuado*, discusión que pervive desde el mismo origen del concepto, cuando los postglosadores lo pergeñaron con el deliberado propósito de contribuir, desde lo que podríamos señalar como un derecho penal prototípico, a acotar el feroz ejercicio de poder punitivo de aquel entonces, que se cobraba la vida de aquel a quien se le demostrase la comisión reiterada de tres hurtos¹⁷⁵.

Los detractores aconsejan la erradicación de la construcción jurídico-penal del delito continuado no sólo por ficticia y problemática, sino además porque, en el marco del derecho penal liberal actual, resulta discutible su proclamada benignidad desde la óptica del justiciable.

Los defensores contestan que sus ventajas superan con creces cualquier objeción tanto procesal como penal material, en especial, desde la contemplación del aspecto subjetivo del supuesto de hecho típico de que se trate, a lo que agregan que la introducción del *delito continuado* está

¹⁷⁴ ALEXY, Robert; *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, enero-junio 2009, p. 3.

¹⁷⁵ CAMARGO HERNÁNDEZ, César; *El delito continuado*, Bosh, Barcelona, 1951, p. 18/20.

circumscripita a exigencias muy estrictas en ambas fases del tipo complejo (especialmente la calidad del bien jurídico afectado), que recortan sensiblemente su posible aplicación.

Pero la problemática planteada en torno a la plausibilidad *in abstracto* del delito continuado no es más que una suerte de introducción, si se quiere tangencial. Es que cuestiones tales como la naturaleza jurídica del delito continuado, sus exigencias objetivas y subjetivas, su adecuación a los hechos ventilados, etc, muchas veces deben pasar a un segundo plano tratándose de un delito de fraude, para el que el legislador, adelantándose al problema, ha decidido construir un tipo penal apuntando a un comportamiento evasivo global –anual– de quien tenga la obligación de ingresar los tributos al Fisco Nacional. Con lo cual la sensación de estar frente a una pluralidad de conductas por cada ejercicio fiscal deja paso definitivamente a la denotación de una única acción típica.

Para Binder el principio *ne bis in idem* tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por imperio de este principio de *ne bis in idem*, la única revisión posible es una revisión a favor del imputado¹⁷⁶.

Por su parte, refiriéndose al alcance de cosa juzgada, Sánchez Velarde señala que se trata de una institución procesal irrevocable e inmutable. Es el valor que el ordenamiento jurídico da al resultado de la actividad jurisdiccional, consistente en la subordinación a los resultados del proceso, por convertirse en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional¹⁷⁷.

La cuestión se centra entonces en la interpretación que debe regir con relación al delito de evasión tributaria, entendido como un tipo penal que tiene en miras no ya cada uno de los períodos fiscales, sino el fraude total del sujeto activo en su relación de extrema cercanía con el bien jurídico (para lo cual es indispensable emplear el concepto de *delito continuado*), y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Intuyo que ésta es la decisión político-criminal adoptada por el legislador, que ha querido consagrar *de lege lata* un tipo penal (el del art. 1 de la ley 24.769), en su esencia, como delito continuado.

En el delito continuado nos encontramos ante una multitud de hechos a los que por mandato de la ley le corresponde una unidad de acción y por ende el tratamiento de un único delito. Para ese tratamiento unitario la ley exige la concurrencia de dos elementos indispensables la existencia de una misma resolución criminal conglobante de todas las conductas y la uniformidad en el ataque de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza. En consecuencia, qué sucedería si el mismo sujeto es procesado primero por una multitud de hechos que configuran un delito continuado, y luego en el otro

¹⁷⁶ BINDER, Alberto; *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, .p. 168.

¹⁷⁷ SÁNCHEZ VELARDE, P.; *Manual de derecho procesal penal*, Lima, Idemsa, 2004, p.354.

proceso se le pretende juzgar por uno o algunos de esa multitud de hechos que configuraban ese delito continuado: ¿estaríamos ante un doble juzgamiento?

Para resolver esta pregunta, debemos precisar la estructuración normativa y jurisprudencial del delito continuado en nuestro medio. Revisar además la doctrina más autorizada para establecer si se puede excepcionar cosa juzgada cuando se pretende volver a juzgar a un mismo sujeto por uno o más hechos que en conjunto constituyen una unidad como delito continuado.

Sobre el delito continuado, María Castiñeira sostiene que “el delito continuado puede definirse como una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de valoración jurídica unitaria”¹⁷⁸. Del mismo modo, el tratadista argentino Carlos Caramuti, manifiesta que: “bajo esta denominación se consideran los casos de pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a una única desvaloración normativa, que las reduce a una unidad delictiva”¹⁷⁹.

Entender al delito de evasión tributaria como un tipo penal que tiene en miras no ya cada uno de los períodos fiscales, sino el fraude total del sujeto activo en su relación de extrema cercanía con el bien jurídico, engarza perfectamente con la más reciente doctrina española especializada en el tema, que reclama un empleo restringido de la unidad jurídica de acción (habida cuenta de la difuminación de sus ventajas) a aquellos casos en los que la indagación del sentido de cada tipo en concreto -realizado por la serie de acciones- sea la que deba llevar a determinar los presupuestos para la aplicación de la continuidad delictiva¹⁸⁰.

Esta es la tesis que Bacigalupo considera como dominante¹⁸¹, y que ha venido sosteniendo últimamente el Tribunal Supremo Español, quien por ejemplo, en una sentencia de la Sala 2ª, del 4 de junio de 1990, admitió la introducción del delito continuado a un caso en el cual las distintas actividades relacionadas con el aspecto exterior del hecho fueron acompañadas de un dolo de continuación, en tanto “...se trata de una ocasión que por sí misma permita una realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas

¹⁷⁸ CASTIÑEIRA, María; *El delito continuado*, Barcelona, Bosh, 1977, p. 15.

¹⁷⁹ CARAMUTI, Carlos; *Concurso de delitos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 274.

¹⁸⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *El delito continuado*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 439/440: “...no basta con que las acciones de una serie sucesiva de hechos presenten una identidad objetiva y subjetiva para aplicar sin más las reglas de la acción continuada. Ello es una condición necesaria, pero no suficiente, para la puesta en marcha de la serie de inconvenientes y desventajas que resultan de la unidad de acción por continuación: todavía queda por decidir si la reducción de la pluralidad en un solo hecho en sentido jurídico se impone por razones vinculadas al propio tipo penal.” (cursiva nuestra). También subrayan esta cuestión Zaffaroni-Alagia-Slokar (*op. cit.*, p. 822), al afirmar que la delimitación de la consideración unitaria de acción es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de los respectivos tipos penales en cuestión.

¹⁸¹ BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 199, p. 588.

repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior¹⁸²”

La evasión devengada en distintos períodos fiscales (anuales) está integrada por violaciones parciales de la misma ley, por lo que las acciones son sustancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado¹⁸³.

Aún si se considere que cada acción cotidiana reviste los caracteres de infracción punible, siendo, por consiguiente, un caso claro de concurso real, es posible concluir que el ordenamiento jurídico prefiere unificar su tratamiento por diversas razones y, entre ellas, porque resulta más sencillo demostrar en juicio una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos.

A su vez, entiendo que por tratarse de un delito especial, más concretamente, como delito de infracción de deber¹⁸⁴, el sujeto activo asume una posición de garante respecto de la intangibilidad del bien jurídico.

Desde otra perspectiva Jakobs resalta lo que a su modo de ver constituye uno de los efectos deletéreos del delito continuado como concepto del derecho penal material: “En caso de unidad desde el punto de vista del derecho sustantivo, cualquier sentencia sobre una parte –con independencia de si se es consciente de que se trata de una parte, o se juzga erróneamente como algo independiente- debería resolver todo el suceso; un procedimiento ulterior sólo sería admisible si su objeto se presenta de modo que no se encuentre en relación de continuidad con la parte ya resuelta”¹⁸⁵.

Claro que, apelando a criterios valorativos externos de justicia material, puede resultar irritante tener que afirmar la impunidad de ciertos episodios que, *per se*, constituyen fraudes individuales que aumentan tanto el disvalor de lo actuado como el de resultado, y que ni siquiera fueron mencionados en el primer (y definitivo) fallo condenatorio.

El delito continuado supone una multiplicidad de hechos que, por mandato legal, corresponde tratar como unidad de acción y por ende atribuirlos a un único delito a los fines de su juzgamiento. Para que ello proceda la ley requiere la existencia de una misma resolución criminal conglobante de todas las conductas y la uniformidad en el ataque de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza.¹⁸⁶

¹⁸² Ver la evolución de la jurisprudencia reciente del T.S. español y la cita de este fallo en CHOCLÁN MONTALVO; *cit.*, p. 264 y ss. Ello puede cotejarse con la jurisprudencia de este mismo tribunal en las décadas de los '60 y '70, enrolada por aquél entonces en la más restringida teoría del dolo unitario, en CASTIÑEIRA, María; *El delito continuado*, Bosh, Barcelona, 1977, p. 130/1.

¹⁸³ HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Lima 2005, p. 949.

¹⁸⁴ Ver al respecto RAFECCAS, Daniel; *El delito de quiebra de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 58 y ss. La distinción entre delitos de dominio y delitos de deber proviene de ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y de José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 386 y ss.

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther; *Tratado de Derecho Penal*, trad. a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1995, p. 1097.

En consecuencia, si un mismo sujeto es procesado por una multitud de hechos que configuran un delito continuado y luego en otro proceso se lo pretende juzgar por uno o algunos de esa multitud de hechos que configuraban aquél delito continuado, estaríamos en principio ante un doble juzgamiento.

La identidad del hecho se mantiene aun cuando, bien sea por los mismos elementos valorados en el primer juicio o por la sobrevinencia de nuevos elementos o de nuevas pruebas deba considerárselo en forma diferente por razón del título, del grado o de las circunstancias. El título se refiere a la definición jurídica del hecho, al *momen iuris* del delito. La mutación del título sin una correspondiente mutación del hecho, no vale para consentir una nueva acción penal¹⁸⁷.

Lo importante es detectar la unidad típica de acción cuando el logro del resultado implique comportamientos parciales con la misma intención. La acción debe entenderse como la actividad llevada a cabo durante un lapso de tiempo o en momentos diversos. Algunos autores la califican como dolo continuado, o sea como la renovación de la voluntad del autor de actuar de ese modo.

Siempre que se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico, entonces operará el principio del *ne bis in idem*, por lo que sólo cuando se trate de hechos diferentes será admisible una nueva persecución penal. En el supuesto que los hechos continuados sean juzgados como un delito único, la primera condena conserva toda su autoridad de cosa juzgada.¹⁸⁸

La persecución del mismo imputado por hechos en continuación aparecidos posteriormente a la firmeza de la sentencia condenatoria o absolutoria, atenta contra el principio del *ne bis in idem* porque la sentencia causa estado y entonces toda nueva acción precluye¹⁸⁹.

Enjuiciarlo nuevamente por hechos que formaron parte del accionar delictivo en un delito continuado tomado como único, implicaría negar carácter firme e indiscutible a la sentencia. En ese caso, propiciaríamos indefinidas impugnaciones cada vez que se descubran nuevos hechos y nuevas pruebas.

La doctrina y la jurisprudencia aún discuten si los nuevos hechos que integran el delito continuado ya juzgado, que no fueron observados en la primera resolución –sea porque por desconocimiento, por equivocación o porque no habían acontecido, pueden ser perseguidos por un segundo proceso (penal o administrativo). Sobre el punto, considero que sólo será posible mientras la primera persecución no se haya resuelto definitivamente y las normas de procedimiento permitan incorporarlos al proceso único, con la finalidad de resolver sobre toda la plataforma fáctica.

¹⁸⁶ SEQUIERA, Marco A.; *Inmolación.... cit.*, p. 35; y CARAMUTI, Carlos; *Concurso de delitos*, Tomo 2005-A, Hammurabi, Buenos Aires, p. 274.

¹⁸⁷ LEONE, Giovanni.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 343.

¹⁸⁸ SEQUEIRA, Marcos A.; *ob.cit.*, p. 37.

¹⁸⁹ DELITALA, Giacomo; *Delito continuado y cosa juzgada*, Cuadernos de Política Criminal, N° 81, 2003, p. 532.

Para Giovanni Leone¹⁹⁰, en el caso que los hechos de continuación fuesen juzgados por un fallo que recaiga sobre un delito único, la primera condena conserva toda su autoridad de cosa juzgada. Ante ello el juez debe comprobar si los hechos llegados a su conocimiento se refieren al mismo designio criminoso del cual provinieron los hechos caídos bajo el fallo anterior. Pretender enjuiciar nuevamente al mismo sujeto por hechos que formaron parte del accionar delictivo en un delito continuado tomado como único implicaría negarle a la sentencia penal la firmeza que le es propia, y consentir que venga indefinidamente impugnada, cada vez que surjan nuevos hechos y nuevas pruebas. Por eso, para la excepción de cosa juzgada basta que ese acontecimiento sea el mismo históricamente en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sea más o distinta de las conocidas en el primero¹⁹¹.

En definitiva, en el delito continuado los problemas se solucionan del mismo modo que los casos en los que se conocen posteriormente circunstancias distintas a la hipótesis que configura el objeto procesal. Estos actos, en sí típicos y punibles individualmente, son considerados como una única imputación, porque se trata de hecho dependientes, que no cumplen la condición de independencia entre sí, que caracteriza al concurso real¹⁹².

La persecución penal en el delito continuado agota todas las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento. Ya que en caso contrario, si debido al descubrimiento de hechos dependientes del principal el cual ya fue juzgado, éstos fueron perseguidos penalmente, no solamente se violaría el principio *ne bis in idem*, sino también el principio de debido proceso. Por que, como mencioné en reiteradas ocasiones, el *ne bis in idem* no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un acontecimiento penado anteriormente, sino también la exposición a que ello suceda mediante un nuevo sometimiento a juicio del sujeto quien lo ha sufrido con el mismo accionar, perjuicio no reparado ni siquiera con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria¹⁹³. Esta situación es a la que se refiere Julio Maier cuando propone mirar al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal bajo una valoración distinta a la anterior. Ello no es admisible, ni aun bajo el pretexto de un error fáctico o jurídico¹⁹⁴.

Por todo lo cual, si algunos hechos “dependientes” del hecho principal que constituyen una unidad delictiva, no fueron observados en la persecución, ya sea por carencia de conocimiento o por una equivocación, no podrán ser nuevamente perseguidos ni considerados en otro proceso penal. Sólo será

¹⁹⁰ LEONE, Giovanni; *op. cit.*, p. 362.

¹⁹¹ VIVAS USSHER, G; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Córdoba, Alveroni, 1999, p. 154/5.

¹⁹² ACCORINTI, María; *Non bis in idem*: nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, en CAMIÑA, Mónica (Directora); *Principios de Derecho Procesal Penal. Casos y soluciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 64/6.

¹⁹³ ACCORINTI, María; *op.cit.*, p. 65.

¹⁹⁴ MAIER, Julio; *op. cit.*, p. 380.

posible mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente y las normas del procedimiento permitan incorporar esas piezas al proceso único, con la finalidad de que se resuelva sobre ellas en la sentencia.

Entonces la garantía de prohibición de doble juzgamiento se extiende incluso a la circunstancia de que ciertos actos u omisiones que conformaban un delito continuado hayan quedado fuera del debate en el proceso ya sentenciado, a pesar que alguno de ellos hubiere permitido variar el sentido jurídico del hecho; ello no significa que se autorice entablar nuevamente la persecución penal por esos hechos.

Por lo tanto, cuando identificamos en un proceso penal, con sentencia firme y ejecutoriada, que una serie de conductas tomadas en conjunto configuraron un delito continuado, ninguna de esas conductas envueltas en el mismo designio criminal pueden volver a ser juzgadas por separado, aún cuando reciban otra calificación jurídica o la nueva imputación se refiera a otro grado de participación criminal, pues ello implicaría la violación del *ne bis in idem*.

X d. Una maniobra, distintos tributos y la aplicación del principio de cosa juzgada

Las últimas expresiones de la Corte han eliminado la discusión acerca del cómputo del hecho de evasión. Los antecedentes del más alto tribunal se inclinaron por el cómputo de cada tributo y por cada ejercicio anual, tal como lo expresa el artículo 1° de la ley 24.769.

Las oportunidades para definir temporalmente los hechos de evasión han surgido a raíz de planteos de prescripción de la acción penal, para lo cual resulta necesario determinar el momento consumativo desde el que corre ese plazo, equivalente a la pena máxima previsto para el tipo penal.

Vale aclarar dos puntos. La doctrina dominante entiende que la evasión del impuesto al valor agregado es un hecho distinto al de la evasión del impuesto a las ganancias y al de los aportes previsionales y de seguridad social. Por lo que el plazo de prescripción de cada uno de ellos debe computarse separadamente desde el momento de sus respectivas consumaciones.

Pero veamos que la expresión legal del artículo 1° cuando dice "...y por cada ejercicio anual..." acarrea algunas dificultades para explicar que el monto objetivo de punibilidad responde a un cómputo anual a pesar de que, en el caso del impuesto al valor agregado, las liquidaciones sean mensuales. Esta dificultad parece no incomodarnos demasiado en el impuesto a las ganancias, ya que tanto la liquidación como la condición objetiva de punibilidad se verifican por cada año.

Al tratarse de evasión fraudulenta del pago del impuesto al valor agregado adeudado en distintos períodos, corresponde examinar si entre unos y otros períodos existe una persistencia en la voluntad criminal que permita unificar las

distintas conductas de reproche o si, por el contrario, se trata de hechos independientes.

Sobre esto último la Corte Suprema tiene dicho que la prescripción de la acción corre y opera con relación a cada delito, aún cuando exista concurso entre ellos¹⁹⁵. De esto se deriva que no se acumulen las penas a los efectos del cómputo del plazo pertinente y que éste sea independiente para cada hecho criminal, en tanto también lo sean ellos.

La tesis contraria, que propicia la acumulación de las penas a los fines de la prescripción, fue sostenida por el doctor Soler¹⁹⁶ y participada por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en diversos fallos.

La modificación del quinto párrafo del artículo 67 del Código Penal –ley 25.990- ya no deja margen para la discusión. El nuevo texto legal expresamente establece: “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito...”. Además, el inciso a) de la misma disposición indica que la prescripción se interrumpe por la “comisión de otro delito” y sólo tendrá carácter interruptivo si media sentencia judicial firme que declare su realización y atribuya responsabilidad al mismo encausado¹⁹⁷.

Resulta compleja la disposición legal que establece un monto determinado evadido por cada ejercicio anual cuando se trata de un tributo de liquidación mensual. La importancia de los montos mensuales que integran la liquidación del impuesto al valor agregado radica en el cómputo del monto previsto como condición objetiva de punibilidad al cabo del ejercicio anual. Esta afirmación repercute en la determinación del momento consumativo del delito y por ende, en el comienzo del plazo de prescripción de la acción penal. La obligación de liquidar el tributo mensualmente está prevista en el artículo 27 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y es un complemento de los hechos imponible generadores de la obligación tributaria establecida por el artículo 5 de la misma ley.

Queda claro que los incumplimientos mensuales acarrearán consecuencias tanto tributarias como penales y si se los considerara hechos independientes, en un año podrían cometerse hasta doce ilícitos tributarios. Pero aquí juega la disposición del artículo 1° de la ley 24.769 que permite interpretar como hecho único el ejercicio anual integrado por las liquidaciones mensuales de los hechos imponible del artículo 5 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Se trata entonces de una unidad delictual.

Por otra parte, aunque cada evasión anual prescriba por separado y, a su vez, provoque sucesivas interrupciones del curso de prescripción, esto último sucedería sólo cuando exista sentencia condenatoria firme respecto de cada una de las evasiones anuales investigadas.

¹⁹⁵ Fallos 186:281; 201:63 y 202:168, entre otros.

¹⁹⁶ SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, T.E.A., 1956, p. 513/4.

¹⁹⁷ Fallos 312:1351.

Si bien las problemáticas del delito continuado frente al *ne bis in idem* serán abordadas en el título siguiente, las próximas líneas introducen el tema, aunque fugaz.

Como lo sostuvo en su voto de la causa “Furman Ruth Raquel y otros s/inf. Ley 24.769”¹⁹⁸, el doctor Bonzón propuso examinar si entre uno y otro ejercicio fiscal existía persistencia en la voluntad criminal que permitiera unificar las distintas conductas de reproche y la posibilidad de asociarlas en un delito continuado¹⁹⁹. Concluyó que si los hechos independientes se vinculan entre sí como parte de un plan preconcebido entonces habrá delito continuado. Esta construcción responde a una interpretación sistemática de la ley en beneficio del imputado. Ello así ya que si se entendiera literalmente la norma, cada uno de los períodos anuales serían considerados hechos independientes, configurando un concurso real que redundaría en perjuicio del imputado, dado que por el artículo 55 del Código Penal obligaría a acumular las penas y a extender el plazo de prescripción a doce años.

La distinción entre delito continuado y hechos independientes, para el caso de la evasión del impuesto al valor agregado, parece no tener incidencia en los votos de los doctores Hendler y Repetto. En los antecedentes de la Sala “A” que hemos citado, la mayoría entiende que tanto se considere delito continuado o concurrencia de hechos independientes, el curso de la prescripción debe computarse a partir del último hecho.

Este razonamiento admitiría que, para el caso de considerar las sucesivas evasiones anuales del IVA como hechos independientes, la comisión del segundo hecho interrumpe el curso de prescripción del hecho anterior, por más que no haya recaído sentencia condenatoria firme. En definitiva, la prescripción comienza a computarse desde el último hecho, sin importar tampoco el tipo de tributo del que se trate. Lo relevante es el despliegue de un comportamiento evasor.

Se trata de una interpretación minoritaria según la cual el fraude tributario no puede ser deslindado en cada uno de los tributos evadido ni el juzgamiento de alguno de esos impuestos hace cosa juzgada para otros impuestos evadidos, investigados con posterioridad. En esta línea, el doctor Hendler se pronunció en el caso “Granysem S.R.L. s/ley 24.769”²⁰⁰. En el caso, se atribuía al imputado haber omitido ingresar el impuesto a las ganancias obtenidas por la contribuyente que él representaba. Ese comportamiento se consideró incurrido en los delitos del artículo 1° y artículo 2° de la Ley Penal Tributaria. Del expediente surgía que el contribuyente había sido procesado y llevado a juicio por el mismo hecho. Dando fundamento a su opinión, Hendler sostuvo que la circunstancia de que el hecho atribuido al imputado provocara el incumplimiento de distintas obligaciones tributarias, no permitía considerar que se tratara de hechos distintos. El camarista explicó que la Ley Penal Tributaria

¹⁹⁸ Reg. N° 154/2088 de la Sala “A”.

¹⁹⁹ En este sentido el Dr. Juan Carlos Bonzón votó en: Registros de la Sala “A” de la CNAPE, Nros. 956/04: “Granysem S.R.L. s/medidas precautorias”; 373/05: “Estancias Vidania S.A. s/ ley 24.769”; 89/07: “Giordano, Roberto s/ ley 24.769”; 308/07: “Badessich, Andres J. s/ley 24.769”; 447/08: “Yuviet y otros s/ ley 24.769”.

²⁰⁰ CNPE, Sala “A”, Reg. N° 84/06, del 24 de febrero de 2006.

sanciona la evasión, total o parcial de tributos adeudados al Fisco Nacional mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas u otros ardidés. Asimismo, indicó que la ley procesal prohíbe que alguien sea perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho (conf. artículo 1° *in fine* del Código Procesal de la Nación) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en diversas oportunidades que el resguardo conocido como *ne bis in idem* no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (conf. Fallos 299:221; 314:377; 308:84 y Fallo del 8/3/05 “Álvarez Néstor H.”).

Quiénes se enrolan en la insignificancia de la distinción entre delito continuado y hechos independientes, deducen que esa distinción sólo tendría relevancia para la prescripción cuando el intervalo de tiempo transcurrido entre los períodos fiscales evadidos no permita interpretar que existió continuidad delictual sino reiteración de hechos independientes. Esta salvedad surtiría efecto cuando la distancia temporal sea tan prolongada al punto de transcurrir el plazo de prescripción del primer hecho, situación en la cual el segundo hecho no tendría entidad para interrumpir ese plazo.

En cambio, la unidad delictiva que propone el doctor Bonzón procura racionalizar el término prescriptivo y propiciar una lectura hermenéutica de las bases constitucionales que exigen interpretar las dudas sobre el alcance semántico de los términos legales en forma limitativa de la criminalización²⁰¹. Sería un modo analógico de aplicar la regla *in bonam partem* (artículo 2° del Código Procesal Penal de la Nación, a *contrario sensu*).

Para sintetizar las interpretaciones recorridas propongo puntualizar las siguientes cuestiones:

- 1) cada uno de los impuestos evadidos son hechos diferentes (IVA, ganancias, aportes previsionales, contribuciones a la seguridad social....)
- 2) los incumplimientos mensuales del IVA configuran un delito continuado anual, de conformidad con en el artículo 1° de la ley 24.769 y su importancia radica en el monto de la condición objetiva de punibilidad.
- 3) las evasiones anuales son hechos independientes con momentos consumativos distintos y con plazos de prescripción que corren por separado. Cuando las evasiones anuales son sucesivas habrá concurso de delitos, pero las penas podrán unificarse (delito continuado).
- 4) si las evasiones están separadas temporariamente, habrá hechos independientes sin vinculación y las penas podrán acumularse, ya que no podría entenderse que todas las evasiones respondieron a la misma voluntad delictual.
- 5) en el caso que se compruebe el delito continuado, las evasiones que lo integran no podrán volver a perseguirse como delitos independientes.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 119 y CSJN, “Valerga, Oscar y otros”, voto de Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, del 28 de agosto de 2007.

- 6) habrá interrupción de la prescripción cuando haya recaído sentencia firme sobre el hecho de evasión investigado. Sólo en esas condiciones podría admitirse que el juzgamiento hizo cosa juzgada.
- 7) la persecución penal de un delito de evasión continuada impide que posteriormente sea investigado algún otro período que hubiera integrado aquélla continuación delictual si había sido incluido en la denuncia originaria.

X e. Voces de la jurisprudencia

e. 1) A propósito del caso “Eurnekian”

Referencias del caso

Se trató de una oportunidad paradigmática en la que distintos magistrados debatieron cuestiones constitucionales de alta relevancia; entre ella el principio del *ne bis in idem*, protegido por la excepción de cosa juzgada. En el caso se investigó la evasión del impuesto sobre los bienes personales por los ejercicios 1995 a 2002. En un primer proceso judicial el Tribunal Oral sobreseyó al autor respecto de los períodos 1995 a 1998 por ausencia de delito. Esa decisión quedó firme. Mientras se tramitaba este proceso judicial, la Dirección General Impositiva interpuso una nueva denuncia por los ejercicios 1999 a 2002, dando lugar a un nuevo proceso judicial. Pero advirtiendo que estos últimos hechos eran los mismos (o bien una continuación) que los juzgados en la primera investigación, el tribunal dispuso desestimarla y esa decisión fue posteriormente revocada por la Cámara.

***Primera investigación:**

El 1° de julio de 2003 el imputado fue procesado por evasión tributaria y dicha decisión fue confirmada el 6 de agosto de ese año por la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. El 12 de marzo de 2004 el juez de primera instancia dispuso elevar la causa a juicio, lo cual fue confirmado por la Alzada el 3 de agosto de ese mismo año. En la instancia de juicio, y con fecha 14 de agosto de 2004, se dictó el sobreseimiento del contribuyente, señalando que “las convenciones contractuales no pueden ser consideradas, por el mero contenido, como instrumentos de evasión fiscal (...) no puede darnos la pauta de la existencia de simulación (...) no exhibe discordancia entre la forma jurídica utilizada y la realidad económica que quedó aprehendida (...) nadie está obligado a comportarse de tal manera que su carga tributaria sea la mayor posible, cuando dentro del ámbito de la licitud puede tributar menos o no hacerlo (...)”. En resumen, el Tribunal Oral consideró que no se había producido el hecho imponible y que por ende no existió obligación tributaria evadida. Esta sentencia quedó firme y el auto de sobreseimiento pasó en autoridad de cosa juzgada formal y material.

***Segunda investigación:**

En el ínterin de la primera investigación, la Administración Federal de Ingresos Públicos realizó una nueva denuncia penal por la presunta evasión del impuesto a los bienes personales correspondientes a los períodos 1999 a 2002 (posteriores a los del primer proceso). La nueva denuncia reeditó los

fundamentos de la primera. El requerimiento fiscal de instrucción fue rechazado por el nuevo juez interviniente, quién entendió que la evasión que se pretendía investigar ya había sido objeto de juicio y mal podía ventilarse en otro proceso y por otros períodos la misma cuestión, a riesgo de generar un escándalo jurisdiccional. La resolución del juez en lo Penal Tributario fue apelada, dando origen al pronunciamiento de la Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. El tribunal de alzada advirtió la necesidad de investigar la comisión de los nuevos posibles delitos. El argumento central consistió en que los nuevos períodos investigados no recibieron pronunciamiento del Tribunal Oral, por lo que aquélla sentencia no tenía efecto vinculante para los hechos que no habían sido alcanzados por aquélla. Por otra parte, el voto mayoritario de la Sala “B” discrepó con la consideración del *a quo* en cuanto a que el imputado había obrado en ejercicio de un derecho que le fue judicialmente reconocido, por lo que su actuar no merecía pena, de acuerdo al artículo 34, inciso 4) del Código Penal. Esta discrepancia fue explicada en el voto del doctor Hornos. El camarista aclaró que la sentencia del Tribunal Oral fue posterior a todos los hechos denunciados, por lo que no podía justificar los hechos cometidos con anterioridad a ella. Las causas de justificación deben ser contemporáneas a la comisión del hecho. A pesar de esta consideración, el voto disidente del doctor Hornos concluyó que la declaración de los hechos contenida en la sentencia del Tribunal Oral, al haber pasado en autoridad de cosa juzgada, es jurisdiccionalmente indiscutible e inmutable. La inatacabilidad de aquella sentencia remisoría implicaba la prohibición de que en otro proceso se decida en contrario a la sentencia -con autoridad de cosa juzgada- dictada por otro órgano jurisdiccional, ya que las partes que intervinieron en aquél proceso (el imputado, el fiscal y el querellante) tuvieron oportunidad de agotar el planteo de la cuestión relacionada con las circunstancias de hecho mencionadas y las consecuencias jurídicas que se extrajeron a partir de aquéllas, como así también de articular los recursos correspondientes contra los pronunciamientos que estimaron desacertados. Por ende, la nueva acusación era inviable según el voto del doctor Hornos.

Algunas reflexiones

Si repasamos los antecedentes del caso, notaremos que en el primer proceso se pudieron invocar todas las pretensiones y defensas, por lo que no correspondía cargarle al imputado las deficiencias ni las especulaciones de los acusadores. Cuando se inició la investigación las partes tuvieron a disposición todas las herramientas necesarias para crear la convicción en el tribunal a favor de su reclamo y la sentencia que resultó presuponía que así se había procedido. Recordemos que el proceso judicial se construye en base a la “igualdad de armas” para asegurar el debido proceso para todas las partes.

El cambio de argumentación jurídica no modificó la pretensión en un hecho diferente al que había sido sentenciado, La segunda denuncia fue una mera reproducción de los motivos que gestaron la primera investigación. Resulta inadmisibles que alguna de las partes, suspicazmente, reserve defensas para hacerlas valer en juicios posteriores, trabando contiendas sucesivas respecto del mismo caso jurídico, con el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias entre sí. Consentir un nuevo juicio para probar lo que no se

probó en el anterior, sería permitir el desorden de los procedimientos y el caos de todo el sistema de enjuiciamiento penal²⁰².

Si hubiera indefinidas repercusiones criminales a medida que se producen los vencimientos del impuesto y se trataran indefinidamente las cuestiones litigiosas, se desvirtuaría la esencia del proceso.

Cuesta aceptar que si un fallo declara que un determinado hecho no constituye delito, otro fallo posterior declare que ese mismo hecho lo sea, más aún cuando en ambos casos se trata de pronunciamientos con sentido penal.²⁰³ No se puede renovar la discusión judicial sobre un mismo punto²⁰⁴.

En definitiva, la acción que se le imputó al acusado en la primera de las persecuciones penales es la misma que se le achacó en la segunda, por más que los períodos tributarios eran diferentes. Lo cierto es que se trató de un comportamiento continuado y bajo esa perspectiva las acciones homogéneas debieron ser evaluadas como una unidad delictiva. En estos supuestos corresponde confrontar la materialidad de los hechos y no su significación jurídica. Siendo así, el caso debería haber sido abordado como una evasión del impuesto sobre los bienes personales a través de determinada maniobra y no como la evasión del impuesto sobre los bienes personales en distintos períodos fiscales.

A mi entender, el caso “Eurnekian” presentaba una clara identidad entre las sucesivas denuncias, y la decisión mayoritaria de la Alzada, admitiendo la segunda persecución podría haber sido atacada de nulidad por afectación al principio del *ne bis in idem*.

Un escándalo jurídico

Es frecuente que en el campo de la punición tributaria se sucedan decisiones judiciales que mitiguen los resguardos para seguridad jurídica.

El pronunciamiento de un tribunal de alzada con competencia tributaria, determinando que no existe hecho imponible, constituye un auténtico límite para que otro tribunal conozca sobre la misma cuestión. Una decisión en esos términos cierra la posibilidad de que en otro proceso se valoren las mismas circunstancias u otras que también formaban parte del hecho juzgado y que no había sido denunciada oportunamente.

Lo resuelto por el TOPE N° 1 en forma definitiva precisó el hecho imponible al contribuyente “Eurnekian”. Los períodos investigados en ambas oportunidades estaban íntimamente ligados y hubiera sido racionalmente imposible evaluarlos como hechos imponibles diferentes; y menos aún admitir una nueva investigación en otra sede penal.

²⁰² SEQUIERA, Marcos A., *ob.cit.*, p.41.

²⁰³ Fallos 273:312

²⁰⁴ Fallos 184:522

La sentencia del tribunal oral determinó la inexistencia de la obligación tributaria y esa decisión impactó en la jurisdicción de otro tribunal, impidiéndole decir lo contrario, salvo que el segundo admitiera institucionalizar el escándalo jurídico.

La incomodidad de atravesar un juicio penal aumenta si la convocatoria al proceso está fundada en ligeras interpretaciones de la Administración Pública, volcadas en sucesivas denuncias.

La correcta interpretación de las formas del proceso penal constituye la mayor de las protecciones del imputado. La sentencia del tribunal oral interviniente mantuvo a resguardo al acusado, evitándole una nueva persecución por la misma irregularidad tributaria. Pero la insistencia del órgano administrativo derivó en la arrogancia de funciones jurisdiccionales impropias. El intento de revivir lo que estaba jurídicamente agotado puso en crisis los derechos fundamentales en la ética de la sociedad actual. En estos términos lo explica Vicente Oscar Díaz, citando a Gregorio Robles²⁰⁵.

El voto mayoritario de la alzada pasó por alto las conclusiones del TOPE cuando decidió, definitivamente, que no había delito.

No obstante, el doctor Hornos señaló con acierto que la transgresión del principio del *ne bis in idem* afecta el principio de culpabilidad que legitima la pena. Y para evitar que aquélla transgresión se produjera, habría sido razonable acudir a la doctrina de la prejudicialidad para considerar definitivo el fallo el tribunal oral respecto de todo el objeto de litigio y en toda su faz tributaria. Esa sentencia debió haber funcionado como una resolución de fondo y no como un mero presupuesto procesal. Con esto queda asentado que el clásico presupuesto de prejudicialidad penal es de sustancia²⁰⁶.

Si partimos de la base que en todo proceso tributario se requiere la existencia de un hecho imponible ardidoso para que exista un hecho punible²⁰⁷, entonces cuanto el tribunal oral determinó que los hechos no sólo no configuraban una conducta ardidosa, sino que además no estaban alcanzados por la tributación, el hecho se transforma en causa y conducta a un mismo tiempo, imposible de ser juzgada nuevamente.

Como bien afirma Díaz²⁰⁸, el órgano jurisdiccional penal no puede llegar por vías independientes a la meditación de una distinta magnitud del hecho imponible que la ya prejuzgada por el Tribunal Oral N° 1, en especial tratándose de la interpretación del mismo presupuesto legal.

²⁰⁵ DIAZ, Vicente Oscar; *Un evidente escándalo jurídico y el valor de un fallo en minoría*, El Derecho, tomo 221 (2007), p. 309, citando a ROBLES, Gregorio; *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

²⁰⁶ DIAZ, Vicente Oscar; *ob. cit.*, p. 310.

²⁰⁷ MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco; *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza; DIAZ, Vicente Oscar; *La falsedad del hecho tributario en la dogmática penal*, Buenos Aires, Macchi, 1993.

²⁰⁸ DIAZ, Vicente Oscar; *Un evidente escándalo..., cit*, p. 312.

La materialidad del “hecho negativo” impide el reenvío de una decisión judicial firme a la misma jurisdicción, dado que no se trata de hechos imponible autónomos que se analizan en el proceso penal y en el administrativo respectivamente, sino que, como lo hemos mencionado, la sentencia penal irrevocable lo es también con ese alcance respecto de la investigación del hecho imponible en la misma sede.

La cuestión tributaria juzgada por el TOPE estaba integrada por la calificación jurídica de la obligación tributaria y por la conducta constitutiva del delito denunciado. Por lo que la conclusión arribada debió repercutir tanto en la naturaleza tributaria como penal del hecho investigado.

Es inevitable que los elementos colectados en un proceso penal sirvan a una investigación administrativa-tributaria posterior, habida cuenta que la norma administrativa no tiene entidad para cuestionar la validez de los actos procesales producidos en el marco de la investigación penal que el propio organismo fiscal incitó con la denuncia penal contra “Eurnekian”.

En el caso, la sentencia del tribunal oral tuvo efecto de cosa juzgada sustancial para todo litigio tributario posterior²⁰⁹. Soslayar la prohibición del doble juzgamiento implica dar permiso a que, indefinidamente, los tribunales de la misma competencia revisen, en función postjudicial, un hecho que ya fue finiquitado en otra sede penal.

La excepción de cosa juzgada es la herramienta procesal adecuada para hacer valer la protección del *ne bis in idem*; con ella se resguarda la estabilidad de la sentencia para la seguridad de los derechos subjetivos que con ella se adquirieron. Entonces es imposible apreciar el hecho tributario en dos formas legales asimétricas para reconducirlo a dos juzgamientos independientes²¹⁰. En el mismo sentido, es inadmisibles desconocer que a un mismo hecho no se le puedan aplicar diversas leyes cuando una de ellas está contenida en la otra²¹¹. Es decir que el principio de *ne bis in idem* sustancial concentra los tradicionales principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. Por todo lo cual me permito concluir que el fuero penal tiene preeminencia calificadora en la persecución penal tributaria.

De estas reflexiones se desprende que la consecuencia jurídica de una norma no puede ser aplicada varias veces cuando su presupuesto ha sido utilizado una sola vez. Y como lo destaca el voto disidente del doctor Hornos, el mismo hecho tributario no puede ser tomado en cuenta de modo plural en la constitución de varias normas jurídicas, o sea de distintos procesos, pues de ser así, y como sucedió en este caso, nos encontraríamos envueltos en un verdadero escándalo jurídico.

e. 2) Otros fallos

²⁰⁹ Fallos, 183:297 y 296:646, entre otros.

²¹⁰ DIAZ, Vicente Oscar, *ob. cit.*, p. 313.

²¹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón; *Non bis in idem*, Barcelona, Cedres Derecho Penal, 1995.

1) YA SISTEMAS INFORMÁTICA DE COMPUTACIÓN S.A. s/inf. ley 24.769²¹²

Se trata de un fallo dividido en el que sólo uno de los votos trata la cuestión del *ne bis in idem* planteada por el defensor recurrente, cuyo agravio se funda en considerar prescripta la acción para perseguir la evasión del impuesto a las ganancias en razón de encontrarse firme la prescripción referente a la imputación de salidas no documentadas.

El apelante sostiene que de mantenerse la persecución penal sin atender a la prescripción ya declarada, se estaría otorgando doble calificación a un mismo hecho para justificar la múltiple persecución penal. En definitiva, sostiene que el impuesto a las ganancias y las ganancias por salidas no documentadas afectan a la misma norma tributaria y por ende reciben la misma calificación penal.

La discusión planteada representó una oportunidad para determinar si las salidas no documentadas forman parte del impuesto a las ganancias del realizador del pago o son un impuesto distinto. No obstante la oportunidad, la resolución del tribunal confirmó el rechazo del pedido de prescripción por otras razones.

Pero vale repasar algunas ideas volcadas en el primer voto del Dr. Bonzón. El camarista distingue los efectos de considerar el impuesto a las ganancias y las salidas no documentadas como un mismo impuesto o como dos impuestos. En el primer caso se trata de un hecho único y, por ende la prescripción declarada impacta sobre ambos impuestos. En cambio, si son hechos distintos, pueden dar lugar a imputaciones tributarias distintas, con sus respectivas consecuencias penales y procesales.

El artículo 37 de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece que las consecuencias que genera una erogación carente de respaldo documental y que no se acredita por otros medios, son: a) la imposibilidad de deducir el importe de la erogación del balance impositivo del contribuyente que efectuó el pago y b) el nacimiento de la obligación de pago de una alícuota del 35% del importe de esa erogación.

Si el pago definitivo del 35% se considera sanción, se impide incluir la deducción en el balance impositivo de tal importe en los tipos penales previstos por la ley 24.769 y los tipos infraccionales de la ley 11.683.

Desde esta perspectiva, el camarista considera que sería un efecto no querido por la ley permitir que el pagador del importe del 35% en concepto de salidas no documentadas pueda deducir, *a posteriori*, de su balance fiscal tal importe, con lo cual disminuiría su base imponible del impuesto a las ganancias. Esto implicaría aplicar una sanción que luego recuperaría con la deducción.

²¹² CN Penal Económico, Sala “A”, Registro Nro. 426/2009.

No obstante, concluye que los argumentos del recurrente no logran conmover el criterio del más Alto Tribunal, en cuanto que las salidas no documentadas son un impuesto distinto del impuesto a las ganancias²¹³.

Por esas razones, entiende que el término prescriptivo de la imputación por la evasión del impuesto a las ganancias debe analizarse con independencia del de lo ocurrido a las salidas no documentadas.

2) BALDASERRE, Juan José y otros s/inf. Ley 24.769²¹⁴

En dos trámites incidentales la alzada revisó, a pedido de la defensa del imputado, la posibilidad de haberse violado el principio del *ne bis in idem* en las investigaciones de los hechos que se le atribuían a Juan José Baldaserre.

Los planteos quedaron descartados por cuanto si bien se trataba de dos investigaciones por los mismos hechos de evasión tributaria atribuidos a la misma persona, en la primera investigación se dispuso el archivo de las actuaciones, mientras que la segunda y actual investigación había comenzado con una denuncia del representante del Fisco Nacional.

Para sostener que no hubo *bis in idem*, el tribunal fundó sus consideraciones con opiniones reconocidas de la doctrina nacional. Así entendió que el auto de archivo es una decisión que no causa estado, que no puede ser invocada a favor de la garantía del *ne bis in idem* y que permite plantear la cuestión si se hacen nuevos aportes probatorios²¹⁵.

En ese sentido, el tribunal sostuvo que el archivo de la causa no puede ser asimilado a la sentencia absolutoria, ya que si bien es definitivo, porque el tribunal no podrá resolver después sobre la decisión ordenada, no causa efecto de cosa juzgada -porque puede volverse a revisar si los hechos cambian-. Por lo tanto el imputado no podrá hacerlo valer para fundar la aplicación de la garantía del *ne bis in idem*, ya que se dicta a favor de nadie y sólo se detiene en la valoración objetiva de la imputación en la requisitoria o en la prevención sumaria²¹⁶.

Agrega el fallo que cuando una resolución no reviste el carácter de cosa juzgada material no inhibe una nueva persecución, materialmente idéntica, no bien se corrijan los defectos u obstáculos que impedía la primera²¹⁷.

Además la Sala consideró que la denuncia actual era diferente a la anterior en tanto fue acompañada con la determinación de oficio de la deuda tributaria, por lo tanto ante la existencia de este nuevo elemento, el proceso era susceptible de ser reformulado sin que exista dualidad de proceso como pretendía el

²¹³ Fallos 323:3376, “Radio Emisora Cultural S.A.”, del 9/11/2003; y Fallos 326:2987, “Red Hotelera Iberoamericana S.A.”, del 26/8/2003.

²¹⁴ CN Penal Económico, Sala “B”, Registros Nros. 752/06 y 456/08.

²¹⁵ DONNA-MAIZA; *Código Procesal Penal Comentado*; Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 226.

²¹⁶ ÁBALOS, Washington Raúl; *Código Procesal Penal de la Nación*, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 462/3.

²¹⁷ D’ALBORA, Francisco; *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado-Comentado-Concordado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 477 y ss.

recurrente. Así dispone rechazar la excepción de litispendencia planteada por la defensa.

3) TERMINE, Alberto y otros s/inf. 24.241²¹⁸

Por mayoría, la Sala “B” de la CNAPE resolvió aplicar el principio del *ne bis in idem* y sobreseer a los imputados Milito Bianchi, Salvemini y Rocco, cuyas condenas habían sido confirmadas por la Cámara Nacional de Casación Penal.

Los camaristas entendieron cumplidas las tres identidades que exige la aplicación de este principio. Las imputaciones se referían a la administración fraudulenta cometida por los imputados. La identidad del objeto fue explicada en el sentido de que se trató de una única administración fraudulenta sobre un patrimonio ajeno causando un perjuicio por violación de sus deberes específicos. El fallo recordó la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al alcance del artículo 173, inciso 7°, del Código Penal, en el sentido de que abarca la totalidad de la gestión de los mandatarios en el manejo del patrimonio ajeno, por lo que los distintos episodios infieles no implican reiteración, no multiplican el delito que sigue siendo único e inescindible.

En base a esto, consideraron que investigar otras gestiones fraudulentas cometidas por los imputados, implicaba la persecución penal múltiple, pues ya habían sido condenados por ese hecho.

La novedad del fallo fue haber convertido el archivo dispuesto por el juez de primera instancia y apelado por el querellante, en el sobreseimiento de cada uno de los imputados respecto de los cuales se comprobó el doble.

XI. NE BIS IN IDEM EN EL RÉGIMEN PENAL ADUANERO

En el marco del régimen penal aduanero también se presentan situaciones que rozan la prohibición de la persecución penal múltiple. Una vez más la doble jurisdicción divide las opiniones, pero sigue huérfana de respuesta legal. En segundo lugar la superposición de figuras penales e infraccionales de compleja discriminación. En tercer lugar la doble calificación penal de un hecho según la jurisdicción donde se producen los efectos criminales. Y, en cuarto lugar el caso de que un mismo hecho afecte más de un bien jurídico, propiciando la doble calificación penal de la misma conducta, ya sea con forma simultánea, sucesiva o residual.

XI a. ¿Delito, infracción o ambos?

El Código Aduanero, ley 22.415 y sus reformas, consagra un doble procedimiento para juzgar los delitos en materia aduanera que, *a priori*, resulta contrario al principio *ne bis in idem* y otorga prerrogativa a la Administración en materia de juzgamiento de delitos.

a. 1) Antecedentes legislativos

²¹⁸ CN Penal Económico, Sala “B”, Registro Nro. 396/10.

Históricamente, el contrabando como ilícito, consistente en introducir o extraer mercaderías desde o hacia el exterior, burlando los controles aduaneros, es una pesada herencia que tiene origen en la época colonial. En ese entonces, se lo consideraba una contravención que se castigaba con multas y comiso de las mercaderías.

Con el advenimiento de los gobiernos patrios la situación continuó, incluso después de la organización nacional de 1852, aunque con algunas variantes. Sancionada la Constitución Nacional de 1853, en 1866 se dictaron las primeras Ordenanzas de Aduana, Ley 181, luego modificadas en 1876 por la ley 810. En esta normativa aduanera el contrabando se hallaba sujeto al juzgamiento administrativo de la aduana y se penalizaba con multa y comiso. En 1894, cuando se incorporó la pena corporal de prisión por medio de la ley 3050, se introdujo su juzgamiento judicial, lo cual se mantiene en el tiempo con las sucesivas reformas de la legislación.

En términos generales y sin ahondar mucho en el tipo penal del contrabando y las penas aplicables al mismo, el sistema se mantuvo de la siguiente forma: La aduana instruía el sumario por contrabando y aplicaba las penalidades administrativas de multa y comiso y luego pasaba los antecedentes a la justicia para que resolviera sobre el delito y aplicase las penas privativas de la libertad.

Se producía así un doble juzgamiento por el mismo hecho, que era juzgado en sede administrativa como infracción y en sede judicial penal como delito. La jurisprudencia de la Corte Suprema admitió como constitucional este doble juzgamiento por considerar que era una doble jurisdicción: una jurisdicción era de carácter administrativa y la otra era de carácter penal, por lo cual, con diversas variantes a lo largo del tiempo, se sostuvo que se trataba de determinar responsabilidades de distinta naturaleza ante jurisdicciones distintas.

En realidad se trataba de un doble juzgamiento por el mismo hecho y se contrariaba el espíritu de prohibición del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por medio del decreto ley n° 6.660/1963 se derogó este sistema, poniendo fin a la doble jurisdicción y se estableció que el juzgamiento por el delito de contrabando era competencia de los jueces en lo penal económico en la Capital Federal y de los jueces federales en el interior del país. También se estableció que los jueces competentes en el juzgamiento de este delito debían pronunciarse sobre las eventuales infracciones aduaneras que coexistieran en el caso.

Con posterioridad, la ley 19.044 estableció que el sumario de prevención en materia de contrabando debía estar a cargo exclusivo de la aduana, a cuya disposición quedaban las mercaderías objeto del ilícito y luego la autoridad aduanera remitía el sumario de prevención al juez competente para su juzgamiento penal.

La ley 21.898 restauró el sistema de la doble jurisdicción y estableció la instrucción de dos causas: una para aplicar las penas privativas de la libertad y

ciertas penas accesorias que se debía instruir en sede judicial y la otra para aplicar el comiso de las mercaderías, las multas y otras accesorias a cargo de la aduana. Estas últimas podían aplicarse con independencia del resultado de la causa judicial.

a. 2) El sistema legal vigente

El sistema que adoptó la ley 22.415, Código Aduanero suprimió, afortunadamente, la posibilidad de la Aduana de aplicar las penas con independencia del resultado judicial. El Código Aduanero establece la existencia de dos causas distintas por el mismo hecho:

*una tramita ante sede judicial, con aplicación de las penas privativas de la libertad y otras, principales y accesorias, previstas en los artículos 868, 869 y 876, incisos d), e) h) e i) así como el inciso f) para los miembros de las fuerzas de seguridad.

*la otra tramita ante el administrador de la aduana en cuya jurisdicción ocurrió el hecho, para la aplicación de las penas de multa, comiso y demás previstas en los artículos 876, incisos a), b), c) y g), así como el inciso f), a excepción de los miembros de las fuerzas de seguridad.

Se trata de dos causas distintas por el mismo hecho, con doble juzgamiento y en distinta jurisdicción.

Para peor, el art. 1026 del Código Aduanero prevé la doble jurisdicción respecto de los “delitos” y pone en cabeza de un funcionario administrativo, el administrador de la aduana, el juzgamiento de un delito que también está siendo juzgado por un juez del Poder Judicial. Asimismo, el art. 1028, apartado 1 del Código Aduanero se refiere a la competencia territorial de las Cámaras de Apelaciones Federales y Penal Económico, respectivamente, para entender “de los recursos de apelación que se interpusieren contra las resoluciones del administrador en el procedimiento por delitos”.

a. 3) La Jurisprudencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores

La Corte Suprema tuvo ocasión de expedirse sobre el tema respecto de la doble jurisdicción y del doble juzgamiento establecido por la ley 21.898, antecedente del régimen legal actual.

Si bien lo hizo en diversas causas, se considera *leading case* en la materia a la causa “De La Rosa Vallejos, Ramón”²¹⁹, en la cual sostuvo que la atribución de competencia a la Aduana para la aplicación de las sanciones previstas en el anterior artículo 191 de la Ley de Aduanas, t.o. 1962, actual artículo 876 del Código Aduanero, no responde a su jurisdicción en materia infraccional aduanera, sino a su facultad administrativa de imponer ciertas sanciones accesorias de la condena penal. Y agregó que sólo las puede aplicar cuando existe condena en sede judicial, más no cuando existe absolucón o sobreseimiento, pues se debe respetar la garantía de la cosa juzgada.

²¹⁹ JA 1983-III-394 del 10/3/1983.

Con similares argumentos se expidió la Corte Suprema en la causa “Ventura Mar del Plata S. A.” del 7/6/1984, esta vez respecto del Código Aduanero, ley 22.415.

Esta es la posición que adoptaron los tribunales inferiores, tanto federales como penales económicos, estableciendo que, si hay condena la aduana aplica las sanciones llamadas administrativas accesorias, no así en caso contrario.

a. 4) La posición de la doctrina

La doctrina hizo oír su voz y en el I Congreso de Derecho Aduanero de 1985 se planteó la modificación de este sistema dual de juzgamiento que venía siendo criticado por vulnerar garantías de rango constitucional como el debido proceso, el *ne bis in idem* y la posibilidad de sentencias contradictorias. Se agregó que la solución que la Corte Suprema había dado al sistema mediante la jurisprudencia ya citada no solucionaba el esfuerzo jurisdiccional que el doble juzgamiento implicaba.

En el II Congreso de Derecho Aduanero de 1995 se redoblaron las críticas al sistema proponiéndose la reforma de este sistema de doble juzgamiento, lo cual fue aprobado por amplia mayoría. Pero no se logró la reforma pretendida, situación que se prolonga hasta la fecha, pese a la inutilidad que el sistema ha evidenciado y al enorme dispendio jurisdiccional que implica que la Aduana instruya una causa para la cual no está constitucionalmente facultada, para luego esperar la decisión de la justicia y recién entonces ver si puede o no aplicar penas accesorias por un delito ya juzgado en otra jurisdicción.

En el III Congreso de Derecho Aduanero, año 2007, se presentó una ponencia al respecto, pero la organización del mismo a cargo de la AFIP, no consideró la misma.

Entre tanto, el Código Aduanero ha sido objeto de numerosas reformas, sin que hasta el momento se haya logrado la revisión del doble juzgamiento.

XI b. Encubrimiento de contrabando o tenencia injustificada de mercaderías para comercialización.

El carácter dinámico de los delitos económicos requiere interpretaciones coherentes entre sí, que impidan la superposición de conductas punibles, la afectación al principio de legalidad y la persecución penal múltiple.

El Código Aduanero presenta varias superposiciones dispositivas que aún no ha logrado armonizar. Repaso aquí una de ellas, intentando desalentar el riesgo de que el mismo hecho sea perseguido y/o sancionado dos veces frente a calificaciones legales diferentes.

La posibilidad de que una misma realidad fáctica sea calificada -simultánea o sucesivamente- como encubrimiento de contrabando o tenencia injustificada de mercaderías de origen extranjero requiere determinar en qué supuestos es aplicable uno u otro tipo penal.

La independencia entre ambos ilícitos tuvo su origen en la definición legal de la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera que anteriormente contemplaba el artículo 198 de la ley de aduana²²⁰. La autonomía que indicaba la ley fue avalada en varios precedentes de la Corte Suprema. En aquellas ocasiones el Máximo Tribunal señaló que la infracción prevista en el artículo 198 y las acciones delictivas estipuladas en los artículos 187, 188 y 189 de la ley de aduanas (contrabando y encubrimiento) no se excluían entre sí, no siendo el caso “del doble juzgamiento de una conducta única, sino de hechos diversos que, por eso mismo, son susceptibles de ser sometidos al conocimiento de distintas jurisdicciones”²²¹. Asimismo, en otro de los casos, la Corte indicó que tratándose de infracciones distintas e independientes entre sí, nada se oponía a que se acumulen las sanciones establecidas en los respectivos textos legales²²².

Este criterio se mantuvo en el texto de la ley 21.898²²³, que decía: “Las sanciones determinadas en los apartados precedentes se aplicarán con total independencia de la existencia o no de perjuicio fiscal y con abstracción de las penalidades en que pudiere incurrirse si se hubiere cometido el delito de contrabando o su encubrimiento, el cual será juzgado separadamente, conforme a las disposiciones de esta ley.”

En la actualidad, la ley 22.415 no recoge la fórmula que establecía la independencia sino que dedica el capítulo II a resolver la concurrencia de ilicitudes. Pero recordemos que si bien el artículo 198 de la antigua ley de aduana fue sustituido por los artículos 985, 986 y 987 del actual Código Aduanero, lo cierto es que sigue rigiendo el viejo decreto reglamentario, 4531/65 que aporta las pautas que deben ser evaluadas cuando la mercadería se introduce en territorio aduanero nacional. Al día de hoy, esas pautas guían los controles de la autoridad aduanera, permitiéndole identificar el valor, cantidad, especie, variedad y naturaleza de las mercaderías importadas.

El encubrimiento de contrabando no estaba estipulado en el Código Aduanero y su aplicación se fundaba en el reenvío a las disposiciones del Código Penal que sí lo contemplaban como figura delictiva autónoma. Con posterioridad se incluyó el artículo 874 que lo define sin necesidad de acudir al derecho penal de fondo²²⁴.

El Código Aduanero vigente distingue dos niveles de conductas vinculadas a la tenencia injustificada de mercadería extranjera:

- a) Tenencia delictiva (artículo 874, párrafo 1°, inciso “d”). Se presume que la mercadería fue importada por vía del contrabando.

²²⁰ Ley 16.656 (Adla, XXIV-C, 2141) y ley 17.138 (Adla, XXVII-A, 64).

²²¹ *In re* “LENTINO, Félix y otro”, fallada el 16/9/66, publicado en La Ley, 125-116.

²²² “GASPERI, Enrique y otros”, fallada el 27 de febrero de 1970.

²²³ Adla, XXXVIII-D, 3356.

²²⁴ Art. 874 del C.A.; “1. Incurre en encubrimiento de contrabando el que, sin promesa anterior al delito de contrabando, después de su ejecución: d) adquiriere, recibiere o interviniere de algún modo en la adquisición o recepción de cualquier mercadería que de acuerdo a las circunstancias debería presumir proveniente de contrabando...”.

- b) Tenencia antirreglamentaria o infraccional (artículo 985 y ss). Se presume que la importación se efectuó en transgresión a normas reglamentarias

Pero esta distinción legal no apaciguó la discusión sobre las interpretaciones que podrían afectar el *ne bi in idem*, según se crea que son hechos únicos o diversos.

Para iluminar la cuestión, veamos cuál fue el criterio de las Salas que integran la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico²²⁵.

En los casos “Desiderio” y “Latini” se imputaba la tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero habiéndose verificado que: a) las mercaderías importadas (cigarrillos en el primer caso y perfumes en el otro) no poseían documentación habilitante; b) que no contaban con el estampillado fiscal que correspondía y c) que se trataba de cantidades presumiblemente destinadas al comercio.

Se discutió si era necesaria la certeza del delito preexistente para que se configure el encubrimiento de contrabando previsto en el artículo 874, apartado 1°, inc. d) del Código Aduanero. También se analizó la relación entre ésta hipótesis y la infracción aduanera de tenencia injustificada de mercadería extranjera, contemplada en los artículos 985, 986 y 987 del mismo código²²⁶. Separadas las cuestiones que se debatían, veamos cuáles fueron los criterios esgrimidos por una y otra Sala.

A) En cuanto al grado de certeza que requiere el delito preexistente, la Sala “A” contó con el voto disidente del doctor Hendler, quien distinguió la mera tenencia no justificada de la recepción sospechosa después de consumado el contrabando, concluyendo que al no surgir que se hubiera determinado la ejecución del delito de contrabando, debe revocarse el procesamiento dictado. Argumentó que si bien había indicios de que la mercadería podría haber ingresado ilegalmente al territorio aduanero, no estaban dados todos los presupuestos para la comisión del delito de contrabando que se imputaba encubrir. Y a modo de ejemplo indicó que no podía determinarse si la

²²⁵ CNPE: Sala “A”, Reg. Nro. 553/95; “RODRIGUEZ, Raúl Alberto s/contrabando” y Reg. Nro. 358/03; “DESIDERIO, Gerardo Martín s/av. contrabando”; Sala “B”, Reg. Nro 357/03; “LATINI, Mario Luis s/av. de contrabando”.

²²⁶ Art. 985: “El que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería de origen extranjero, sujeta al pago de impuestos internos, que no presentare aplicado el respectivo instrumento fiscal, conforme lo exigieren las disposiciones en vigencia, será sancionado con el comiso de la mercadería de que se tratare y con una multa de 1 a 5 veces su valor en plaza.”

Art. 986: “El que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería de origen extranjero, que no presentare debidamente aplicados los medios de identificación que para ella hubiere establecido la Administración Nacional de Aduanas, será sancionado con el comiso de la mercadería de que se tratare y con una multa de 1 a 5 veces su valor en plaza.”

Art. 987: “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, serán sancionado con el comiso de la mercadería de que se tratare y con una multa de 1 a 5 veces su valor en plaza. A los 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 artículo 985 y 986.”

mercadería fue ingresada por las mismas personas, si pertenecían a una misma partida o si fueron importadas separadamente.

Con opinión contraria²²⁷, el voto mayoritario entendió que el problema radicaba en la dificultad de probar fehacientemente el contrabando preexistente al encubrimiento, como así también el dolo que se requiere para configurar el tipo delictual²²⁸. Evidentemente, el problema práctico radica en la dificultad de probar fehacientemente el contrabando preexistente al encubrimiento, como así también el dolo que se requiere para configurar el tipo delictual. Los camaristas afirmaron que si bien no eran precisas las circunstancias del ingreso de las mercaderías en infracción, los elementos recolectados alcanzaban para probar el contrabando anterior y, en consecuencia, confirmaron el procesamiento dictado en orden al delito de encubrimiento de contrabando²²⁹. Para los doctores Repetto y Bonzón fue suficiente haber constatado el origen foráneo de la mercadería, la falta de identificación y las diferencias que pudiera haber en su valor, cantidad, especie, variedad y/o naturaleza.

Respecto de este mismo punto, en el caso “Latini”, la Sala “B” consideró²³⁰ que para la comprobación del contrabando resultaba suficiente determinar las circunstancias generales. Los camaristas entendieron que si bien la comprobación de la tenencia de mercadería de origen extranjero no bastaba para incurrir en el delito de encubrimiento de contrabando, existían indicios serios de los elementos objetivos del tipo penal, entre ellos: la cantidad, uniformidad y naturaleza de la mercadería, la ausencia de documentación que ampare el ingreso leal al territorio nacional, la comprobación del origen extranjero, la falta del estampillado correspondiente y el monto de la totalidad de la mercadería que fue secuestrada. Asimismo, en el fallo de la Sala “B” se entendió que las cantidades de mercaderías ingresadas no eran menores, lo cual permitía descartar la configuración de una simple infracción.

Con un criterio diferente el doctor Hendler elabora una interpretación sistemática de las normas en conflicto, según la cual la tenencia injustificada de mercadería extranjera es una situación intermedia y a título de mera infracción, por lo cual la comprobación del delito preexistente en el encubrimiento de

²²⁷ Voto mayoritario del doctor Bonzón Rafart con adhesión del doctor Repetto.

²²⁸ En este sentido ver BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Derecho Infraccional Aduanero*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 308 y ss; *El delito de contrabando y su relación con la infracción aduanera de tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero con fines comerciales o industriales*, Revista Información Empresarial N° 238, septiembre de 1988, p. 49; *Tenencia ilegal de mercadería extranjera ¿Contrabando o infracción aduanera?*, El Derecho, 141-630; *Diferencias y relaciones del delito aduanero de encubrimiento de contrabando con la infracción aduanera de tenencia injustificada de mercaderías de origen extranjero con fines comerciales o industriales*, El Derecho, 163-1256; *Delicado debate jurídico sobre concurrencia del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercaderías*, El Derecho, 469-1114.

²²⁹ Ver en este sentido algunos fallos de la C.N. Penal Económico: Sala I, 26/6/81, “ALVAREZ, Ángel A.”, Jurisprudencia Argentina, 1982-I-630; Sala I, 14/3/68, “ASPRONTE, Julio”, Jurisprudencia Argentina, 1968-III-9; Sala III, 10/12/68, “TRABOCCHI, Ángel s/encubrimiento de contrabando”; Sala III, 21/5/69, “LIROSI, F. D. s/contrabando”; Sala I, 24/9/69, “WAINBERG DE GRAMATSKY, D. s/contrabando”; Sala III, 24/6/69, “EZEQUIELIAN, José Araquel s/encubrimiento de contrabando”.

²³⁰ Voto unánime de los doctores Pizzatelli, Grabivker y Hornos.

contrabando es más exigente que para el encubrimiento del derecho penal común²³¹.

La doctrina no es pasiva en este punto. Por su parte, Vidal Albarracín²³² disiente con esta diferenciación que propone Hendler y propone otro razonamiento: si se adquiere en plaza mercadería nacional sin factura a un vendedor ocasional a un precio irrisorio, se presume que ha sido robada y no se debe probar el modo en que se produjo el apoderamiento. En igual sentido, si se adquiere en plaza mercadería extranjera en circunstancias similares y sin la documentación aduanera que habilite su legal ingreso, se presume que fue objeto de contrabando y no se debe probar por cuál de las modalidades que describen los artículos 863 y 864 del Código Aduanero se llevó a cabo ese delito.

Para Vidal Albarracín no se trata de distinguir si la introducción o extracción se hizo clandestina o documentalmente, sino que se pueda dar por probado el contrabando en su faz objetiva con sólo acreditar (al menos presuntivamente) que la mercadería ingresó o egresó al territorio aduanero sin intervención aduanera o bien dificultando el control a su cargo.

Parecería lógico pensar que si la legitimidad de la tenencia de mercadería extranjera requiere documentación habilitante, la ausencia de ella sin razón, genera una presunción de su ingreso ilegal.

Según Vidal, esa presunción emerge de la operativa general aduanera, y sólo da paso a una transgresión menor si se demuestra -aunque sea presuntivamente- que la introducción o extracción se cumplió por alguna destinación definitiva o suspensiva o algún régimen especial (pacotilla, equipaje, etc.) o que medió alguna otra circunstancia que desvirtúe la presunción que emerge del acontecer común. No basta neutralizar un cuadro presuncional delictivo con la mera posibilidad o la invocación que los hechos ocurrieron en forma distinta.

Si se encuentra mercadería extranjera en cantidades y por valores importantes, sin documentación comercial ni aduanera habilitante, porqué pensar que pudo comprarse en actos aislados e independientes por valores menores o que fueran importados o exportados por vías excepcionales, o que fueran adquiridos en remate aduanero si, como se indica en la mayoría de “Desiderio”, no hay indicio que lo avale.

Siguiendo esta línea cabría entender que si las circunstancias son válidas para tener por cumplido el tipo subjetivo, también lo son para reunir el elemento objetivo.

Lo usual es que la mercadería extranjera que se encuentra en plaza tenga al menos un despacho de importación que la ampare, una factura u otra documentación que la respalde. El problema que plantea el régimen aduanero

²³¹ Voto doctor Hendler *in re*: “GUISSARDI, Claudio Luis s/ contrabando” (causa N° 37687-Folio 157-Orden N° 15.406), Reg. Nro. 520/97 de la Sala “A” de la CNAPE.

²³² VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Otra vez sobre la distinción entre una modalidad del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera*, La Ley 2003-F, Suplemento Penal 2003 (octubre), 3.

es que también se castiga la tenencia ilegítima como mera infracción (artículo 987), por eso debe indagarse sobre otras circunstancias en relación a su compra, que iluminen la incertidumbre de si trata de un encubrimiento de contrabando o de la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera.

Si existen elementos para dudar de la procedencia del delito (por ejemplo si se trata de mercadería sometida al régimen de equipaje, o bien el monto de cierta mercadería no supera el tope monetario), habrá de procederse en el marco de la infracción por falta de elementos del tipo²³³. Y en ese caso, no habiendo sido probado –provisoriamente– el delito de contrabando, el encubrimiento sobreviniente sólo podría ser encasillado en grado de tentativa inidónea o atipicidad de la conducta²³⁴.

B) Vayamos ahora a la segunda de las discusiones propuestas al inicio: la relación entre el delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera. Frente a esta problemática se presenta un panorama más complejo para desentrañar el impacto del principio de *ne bis in idem*.

El Código Aduanero no distingue si la mercadería en infracción a los artículos 985, 986 y 987 provienen de un delito o de una infracción²³⁵, pero esta consideración es nuclear en el voto formulado en el caso “Desiderio”.

Vidal Albarracín no está de acuerdo con esto y sostiene que aunque la ley no efectúe dicha distinción, es evidente que si la mercadería proviene de un delito, su tenencia no puede dar lugar a dicha infracción, sino que se daría el presupuesto delictivo de encubrimiento de contrabando que, por su gravedad, engloba a la infracción en función del artículo 913 del Código Aduanero²³⁶.

La superposición de figuras típicas se resuelve con la aplicación de las reglas de concurso ideal, y el principio de absorción conlleva a que la conducta menor quede subsumida en la mayor o más grave²³⁷.

Entiende también que para hablar de infracción debe tratarse de un ingreso antirreglamentario, sin categoría delictiva, es decir que no existan indicios del delito de contrabando. Asimismo explica el alcance de “ingreso antirreglamentario” afirmando que se trata de la violación de alguno de los deberes inherentes al régimen, destinación u operación, o cualquier otra irregularidad que afecte su libramiento. Desde ya que si la transgresión previa

²³³ CNPE, Sala “A”; “ALBORNOZ, José y otro”, del 17 de marzo de 1994, publicado en LL, 1995-B, 28 DJ, 1995-1-684.

²³⁴ VIDAL ALBARRACIN, Héctor Guillermo; *Autonomía del encubrimiento de contrabando (artículo 874, inciso “d”, del Código Aduanero)*, El Derecho, del 8 de julio de 1994.

²³⁵ BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Mercadería en plaza en condiciones ilícitas ¿delito o infracción?*, Revista Información Empresarial n° 253 de abril de 1993; *Concurso de delitos aduaneros e infracciones*, El Derecho, 178-879.

²³⁶ Art. 913: “Salvo disposición especial en contrario, cuando un mismo hecho configures simultáneamente una infracción aduanera y un delito, se impondrán las penas previstas para el delito.”

²³⁷ VIDAL ALBARRACIN, Héctor G.; *Concurrencia entre una modalidad de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia de mercadería extranjera sin acreditar legítima introducción*, La Ley 1996-E, 339.

está individualizada y su tenencia está contemplada como infracción a los artículos 966, 971 y 982²³⁸, estas ilicitudes desplazan por especialidad a la de los artículos 985, 986 y 987. Por lo que la tenencia injustificada tiene como hecho precedente un ingreso o libramiento antirreglamentario residual, que podría encuadrarse en el artículo 995 del Código Aduanero²³⁹.

Esta posición es la que sostuvo el doctor Hendler cuando señaló que “la tenencia que ejerce quien efectuó una adquisición ilegítima y la adquisición misma son un único hecho a los fines de su sanción”²⁴⁰.

En cambio, el voto mayoritario integrado por Repetto y Bonzón en “Desiderio” indicó que si hubiera posibilidad de delinquir sin ser infractor a los artículos citados y viceversa (según se detente la mercadería con o sin fines comerciales o industriales), las hipótesis represivas sancionarían dos hechos distintos susceptibles de ser castigados conjuntamente. La idea de que se trata de “hechos distintos”²⁴¹ reposa en la finalidad con que se detenta la mercadería.

Las tres figuras infraccionales que refieren a la tenencia injustificada de mercadería extranjera requieren los siguientes presupuestos: 1) tenencia en plaza de mercadería extranjera; 2) propósito de comercialización o industrialización y 3) falta de prueba del legal ingreso.

Respecto del último presupuesto, cabe hacer notar que la infracción básica dada por el artículo 987 dispone “...y no probare, ante el requerimiento del servicio aduanero, que aquella fue librada lícitamente a plaza...”, con lo que,

²³⁸Art. 966: “Todo el que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería importada para consumo en excepción a una prohibición o con exención total o parcial de tributo respecto de la cual no se hubiere cumplido la obligación que hubiera condicionado el otorgamiento del beneficio, será sancionado en forma solidaria con el autor de la transgresión prevista en el artículo 965, inciso a) o b), según correspondiere, con las penas allí previstas.”

Art. 971: “Todo el que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería importada temporariamente a cuyo respecto no se hubiere cumplido la obligación asumida como consecuencia del otorgamiento del régimen, será sancionado en forma solidaria con el autor de la transgresión prevista en el artículo 970 con las penas allí establecidas para cada caso.”

Art. 982: “Todo el que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería importada bajo los regímenes de equipaje, pacotilla o franquicias diplomáticas cuya propiedad, posesión o tenencia hubiera sido transferida en transgresión a lo previsto en dichos regímenes será sancionado, en forma solidaria con el autor de la transgresión contemplada en el artículo 981, con la pena allí establecida...”

²³⁹Art. 995: “El que transgrediere los deberes impuestos en este Código o en la reglamentación que en su consecuencia se dictare, será sancionado con una multa de (.....) a (.....) cuando el hecho no tuviere prevista una sanción específica en este código y produjere o hubiere podido producir un perjuicio fiscal o afectare a hubiere podido afectar el control aduanero.”

²⁴⁰ Este criterio coincidió con el que expuso en el caso “Rodríguez Raúl A.” (Reg. Nro. 553/95 de la Sala “A”) En aquella ocasión se encontraba apelada la determinación de la autoridad aduanera de imponer una multa de cuatro veces el valor de la mercadería y otro tanto en sustitución del decomiso de esa misma mercadería a quien resultó ser condenado por el delito de encubrimiento de contrabando. El agravio que se invocaba es que se estaba castigando dos veces el mismo hecho, puesto que, anteriormente, el condenado había pagado voluntariamente una multa de una vez el valor de la mercadería y había hecho abandono de ella a favor del servicio aduanero. El voto del doctor Hendler aplicó la regla del concurso ideal entre delito e infracción, que establece la aplicación única de las penas del primero (artículo 913 del C.A.) y resolvió dar por cumplida la pena de comiso (con el abandono efectuado) y descontar de la multa a imponer el importe voluntariamente pagado en el sumario instruido por la infracción.

²⁴¹Art. 914 del C.A.: “Cuando concurrieren varios hechos que configuraren independientemente una infracción aduanera y un delito, se impondrán separadamente las penas previstas para cada uno de ellos.”

pese a la naturaleza penal de las infracciones aduaneras, debe admitirse que el principio de inocencia se deja de lado, creándose una presunción *iuris tantum* de culpa, que invierte la carga de la prueba.

En cuanto al propósito de comercialización o industrialización, no se incrimina toda tenencia sino aquella con tales fines. Queda excluida la tenencia para uso y consumo propio del tenedor o de las personas que convivan con él. Es una situación de hecho a determinar en cada caso y para ello el decreto 4531/65 establece que se entenderá que existen tales propósitos cuando la mercadería se encuentre dispuesta en forma tal que constituya una exhibición de la que pueda desprenderse la finalidad de su venta (artículo 5°, inciso “c”), o en general cuando la misma se detenta para realizar alguno de los actos previstos en los artículos 6, 7 y 8 y concordantes del código de comercio, aún cuando el tenedor no sea comerciante.

En lo que respecta a personas o entidades que no revisten la calidad de comerciantes y tengan mercaderías de origen extranjero en su domicilio particular, también quedan sometidas a este régimen cuando la cantidad, variedad, naturaleza, calidad o especie de la mercadería extranjera exceda o no sea compatible con un uso o consumo personal, o cuando tal mercadería, ubicada en cualquier lugar está dispuesta en forma tal que ello constituya una exhibición de la que pueda pensarse la finalidad de venta.

El infractor aduanero a los artículos 985, 986 y/o 987 del Código Aduanero, puede ver complicada su situación jurídica si se le imputa por los mismos hechos el delito de encubrimiento de contrabando, dado que el artículo 874, inciso d) tipifica como delito la conducta del que adquiriera, recibiera o interviniera de algún modo en la adquisición o recepción de cualquier mercadería que de acuerdo a las circunstancias debía presumir provenientes de contrabando.

Esto no significa que todo tenedor de mercadería foránea en infracción sea considerado encubridor, ya que para tipificar el delito de encubrimiento se exige un dolo específico, es decir el conocimiento de que proviene de un contrabando. No basta la presunción en abstracto, debe probarse, al menos con los indicios indicados anteriormente, pues de lo contrario corresponderá la absolución por la duda.

El punto neurálgico es saber porqué la doctrina se divide en considerar que se trata de “un mismo hecho” o “hechos distintos”, ya que esa aclaración encausará la aplicación del artículo 913 o 914 del Código Aduanero respectivamente y según corresponda. En el primer caso, se trataría de un concurso ideal, en el que sólo se superponen calificaciones legales, mientras que en el segundo, habría concurso real de conductas típicas y acumulación de las sanciones previstas para cada una de ellas.

Retomo la tesis de “hechos distintos”²⁴² para explicar qué significa “la finalidad con que se detenta la mercadería”. El encubrimiento exige una tenencia que, de acuerdo a las circunstancias, debería presumirse proveniente de contrabando, mientras que la infracción sólo requiere una tenencia injustificada porque no tiene debidamente aplicado el respectivo instrumento fiscal o los medios de identificación o no se prueba que fue librada lícitamente a plaza. A su vez, el tipo infraccional agrega un elemento subjetivo distinto del dolo, una ultraintención: “fines comerciales o industriales”, que no constituye un plus doloso al encubrimiento, pues el dolo de este último va dirigido al delito preexistente que, según Vidal Albarracín subsume las ultramotivaciones que pudiera tener. Para él la finalidad específica de la tenencia injustificada no configura un injusto diferente, porque el tipo penal absorbe tanto los fines comerciales o industriales, como los personales o de consumo. Afirma que el dolo del encubrimiento engloba el dolo de la tenencia antirreglamentaria, ya que cualquier otro análisis atentaría contra principios constitucionales²⁴³. De lo contrario, se estaría justificando un dolo más amplio para el tipo infraccional, que excede la estructura del tipo delictivo y lo transforma en dos injustos penales, propiciando una doble punición.

No comparto su afirmación en tanto entiendo que, justamente, se trata de voluntades diferentes y no acumulables. Entonces no hay doble punición sino distinta punición.

La tesis que propone Vidal Albarracín reposa en que la pluralidad de acciones requiere afectación a más de un bien jurídico²⁴⁴ y, a su parecer, ello no ocurre en este caso. Tanto los delitos como las infracciones aduaneras tutelan el adecuado control que las leyes acuerdan a las aduanas, aunque con intensidades distintas. No hay pluralidad de acciones sino concurso ideal, tal como resuelve el artículo 913 del Código Aduanero²⁴⁵.

Insiste en que la finalidad de la tenencia no es lo que determina la diferenciación entre el delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada, sino si la mercadería proviene o no de un contrabando.

No estoy de acuerdo con su conclusión. Entiendo que el delito de encubrimiento de contrabando y la tenencia injustificada de mercadería extranjera pueden ser hechos diferentes. Este razonamiento se funda en que

²⁴² La doctrina de la coexistencia de delito e infracción fue receptada por algunos fallos judiciales y administrativos, citándose sólo a modo de ejemplo el de la Sala G del Tribunal Fiscal de la Nación, en la causa 6913-A, caratulada: “GRACIA, Fernando Alberto y otro c. A.N.A. s/recurso de apelación” del 15/12/94.

²⁴³ SANTAGATA, Florencia; *Algunas consideraciones sobre la coexistencia del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción aduanera sobre tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero*, Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial Derecho Penal Aduanero, 16/10/02, ps. 38/39.

²⁴⁴ SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1989, ps. 339 y ss.

²⁴⁵ Abona su postura argumentando que “la infracción de los artículos 985 y siguientes tutela el mismo bien jurídico que el previsto en el artículo 874, párrafo 1º, inciso d), por lo que se verifica que la concurrencia del tipo delictual interfiere la operatividad del infraccional, excluyendo su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de éste. Entonces sería un concurso aparente de normas que se resuelve por medio de la aplicación de la regla de la subsidiariedad: cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarca una afectación de menor intensidad.”

ambas figuras protegen bienes jurídicos diferentes. Éste es el fundamento que me distancia de Vidal Albarracín. Para él ambos comportamientos ponen en riesgo el debido control aduanero. A mi criterio, ambas figuras pueden configurar un concurso real, en tanto el encubrimiento de contrabando afecta el debido control aduanero y la tenencia injustificada de mercadería extranjera con fines comerciales afecta la lealtad de la competencia comercial.

Es muy probable que la mercadería obtenida sin cumplir la reglamentación que habilite su tenencia haya sido adquirida a un precio menor y, consecuentemente, podrá ser colocada en el mercado a un precio más competitivo. La circulación de la mercadería en esas condiciones afectaría a los comerciantes que adquieran los insumos cumpliendo con las pautas establecidas.

En definitiva, la razón que avala que el encubrimiento de contrabando es un hecho distinto de la tenencia injustificada de mercadería extranjera con fines comerciales o industriales, es que cada figura afecta a un bien jurídico distinto.

Repasemos entonces como impacta la tesis de “hecho único” y la tesis de “hechos distintos” en la aplicación del principio *ne bis in idem*:

1- Quienes consideran que la infracción de tenencia injustificada de mercadería aduanera puede ser subsumida por el delito de encubrimiento de contrabando, ya que ambos comportamientos afectan al mismo bien jurídico y solo los distingue la intensidad de esa afección, contemplan dos consecuencias:

*si los hechos se investigan simultáneamente: concurrirán en forma ideal, de acuerdo a los términos del artículo 913 del Código Aduanero. En ese caso, la competencia será asumida por la autoridad jurisdiccional quién –en caso de comprobar ambas transgresiones- deberá imponer la sanción prevista para el delito, en virtud del principio de subsidiariedad.

*si un hecho recibió condena en sede penal por el delito de encubrimiento de contrabando, esa decisión tendrá carácter de cosa juzgada para la investigación en sede administrativa que pudiere generar ese mismo hecho calificado como infracción al régimen de tenencia. Si el sumario de la Administración Nacional de Aduana es anterior a la denuncia penal, debe paralizarse el trámite hasta tanto exista resolución judicial (teoría de la prejudicialidad), la cual declarará la concurrencia de ambas calificaciones. Con esta decisión el sumario administrativo pierde virtualidad.

En uno u otro supuesto el *ne bis in idem* no corre peligro de afectación.

2- Quienes consideran al encubrimiento de contrabando y a la tenencia injustificada de mercadería extranjera como hechos distintos –posición con la que me identifico-, contemplan otros dos posibles acontecimientos:

* si las dos investigaciones se producen contemporáneamente, concurrirán bajo las reglas del artículo 914 del Código Aduanero, acumulándose las sanciones previstas para cada una de las transgresiones. En este caso, la autoridad administrativa mantendrá la jurisdicción para pronunciarse respecto de la infracción aduanera, mientras que la autoridad judicial la conservará para decidir sobre la imputación delictiva. No obstante esa autonomía, el juez penal podría asumir la investigación de ambos hechos, en base a las reglas de

competencia y al principio de economía procesal. Asimismo, sería conveniente propiciar el entendimiento conjunto para evitar decisiones contradictorias y escandalosas.

*si las actuaciones judiciales y administrativas son labradas en forma sucesiva, la sanción que recaiga en alguno de los procedimientos no tendrá ninguna incidencia sobre la sanción del otro. Esto sucederá así siempre que, por un lado, se pruebe -o se presuma fuertemente- el origen foráneo de la mercadería encubierta y, por el otro, se comprueben los fines comerciales con que se tiene la mercadería extranjera.

En el marco de esta última postura, la de los “hechos distintos”, tampoco corre riesgo el *ne bis in idem*, mientras se acrediten fehacientemente las circunstancias que fundan esa diferencia: el origen de contrabando para el caso del encubrimiento del artículo 874, párrafo 1°; y los fines de comercialización para la tenencia injustificada de mercadería extranjera, según lo disponen los artículos 985, 986 y 987 del Código Aduanero.

Sea cual fuera la posición adoptada, resulta atinado recordar que las reglas concursales tienden a desalentar la afectación al principio del *ne bis in idem*.

En rigor de verdad, y más allá de las preferencias, las controversias que atraviesan la doctrina redundan en cuestiones prácticas más que jurídicas. La plataforma fáctica resultará esencial para determinar si se trata de un mismo hecho con doble calificación jurídica o si se trata de conductas distintas que merecen reproches independientes. En la medida que estas determinaciones dogmáticas se ajusten al caso concreto no estaremos persiguiendo ni castigando más de una vez por el mismo hecho.

Vale destacar que existe un solo caso que de ninguna manera admite la coexistencia del delito y la infracción. Ese caso no se relaciona con “la tenencia” sino con el “ingreso ilegal”. Si el imputado por el delito de encubrimiento de contrabando es absuelto o sobreseído por considerarse que la mercadería ingresó “legalmente” al país, el fallo judicial hace cosa juzgada respecto a la infracción de tenencia injustificada, ya que de no ser así, la contradicción de ser absuelto y condenado en base a las mismas circunstancias fácticas configuraría un grave escándalo jurídico.

Para solucionar ese problema, nuestros tribunales han desarrollado la teoría de la prejudicialidad²⁴⁶, que propicia la suspensión de los sumarios infraccionales, hasta tanto el poder judicial dicte sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada²⁴⁷. En definitiva, la prejudicialidad viene a resguardar el principio del *ne bis in idem* ante las posibles interpretaciones que pueda suscitar un mismo hecho.

XI c. Contrabando documentado o infracción por declaración inexacta

²⁴⁶ Conf. Sala F del Tribunal Fiscal de la Nación: “MARTINEZ, Miguel”, del 8/7/83 (expte. 2823-A) y “PELAEZ, Jorge s/recurso” (expte. 1355-A).

²⁴⁷ Tribunal Fiscal de la Nación, Sala “E”: “ROCIN IMPORTADORA-EXPORTADORA S.R.L. c/Aduana s/apelación”, del 26/9/85 (expte. 4708-A).

Aunque trillada, sigue siendo polémica la diferenciación entre delito e infracción aduanera y el alcance del artículo 864, inciso “b”²⁴⁸, y del artículo 954 del Código Aduanero²⁴⁹.

En este caso el riesgo de incurrir en la persecución penal múltiple surge de la recalificación de un hecho, ya sea de contrabando documentado a infracción por declaración inexacta o viceversa.

La finalidad de este título reside en formular breves reflexiones que permitan enriquecer la discusión y contribuir a la distinción entre delito e infracción y a esclarecer el alcance del elemento subjetivo contenido en el tipo penal denominado “contrabando documentado”.

Diferencia entre delito e infracción

Por cuestiones de extensión dejaré de lado el análisis de la postura que sostiene que entre el delito y la infracción existe una diferencia cualitativa u ontológica²⁵⁰, ya que por diversos motivos ha dejado de sostenerse por la doctrina y jurisprudencia²⁵¹, y me centraré en las posturas que encuentran diferencias cuantitativas.

²⁴⁸ Art. 864: Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años el que: (...) b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación; (...)

²⁴⁹ Art. 954: – 1. El que, para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiera con lo que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir:

a) un perjuicio fiscal, será sancionado con una multa de uno (1) a cinco (5) veces el importe de dicho perjuicio;
b) una transgresión a una prohibición a la importación o a la exportación, será sancionado con una multa de uno (1) a cinco (5) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción;
c) el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere, será sancionado con una multa de uno (1) a cinco (5) veces el importe de la diferencia.

2. Si el hecho encuadrare simultáneamente en más de uno de los supuestos previstos en el apartado 1, se aplicará la pena que resultare mayor.

²⁵⁰ En esta posición se enrola Núñez quien sostuvo que la raíz ontológica de las diferencias, en cuanto al bien jurídico tutelado, es que en el delito se protege la seguridad colectiva e individual mientras que en la infracción es la prosperidad común. También aquí se enrolan quienes encuentran la distinción en aspectos subjetivos sosteniendo que las infracciones no requieren para su existencia la comprobación de dolo o culpa en el actuar del sujeto infractor o quienes advierten una distinta naturaleza de bienes jurídicos tutelados.

²⁵¹ NAVARRO CARDOZO, Fernando; *Infracción Administrativa y Delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex Editores, Madrid, 2001, p. 74. El autor fundamenta el fracaso de la distinción cualitativa. Así ha sostenido que “Admitiendo unos mismos caracteres para toda norma jurídico-sancionadora (norma de valoración y norma de determinación), unos mismos fines del sistema jurídico – sancionador (fin de prevención y fin de garantía), unas mismas funciones (función de protección de bienes jurídicos y función de motivación), unos mismos parámetros básicos para delimitar el bien jurídico protegido por el sistema jurídico-sancionador, así como la vigencia, tanto en el Derecho Administrativo sancionador como en el Derecho Penal, de los principios del mencionado sistema y de los respectivos (sub)principios derivados de aquellos, todo ello conduce, lógica e indefectiblemente, a afirmar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y la infracción penal”.

Entre quienes se enrolan en esta línea de pensamiento se destaca Sebastián Soler²⁵², para quien la contravención reproduce o puede reproducir en pequeño todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos. En este mismo sentido se expide el Dr. Righi quien admite, como Jescheck, que entre el delito y la infracción sólo hay una diferencia cuantitativa²⁵³. También, en esta corriente, con algunas variantes en sus argumentos, se enrolan Aftalión²⁵⁴, Jiménez de Asúa²⁵⁵ y Pablo H. Medrano²⁵⁶. De igual manera nuestro máximo tribunal ha comulgado en este entendimiento por cuanto ha reconocido que la contravención es un pequeño delito común. Se refirió a una diferencia de carácter tan solo cuantitativo, expresando que la distinción entre delito y contravención no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones²⁵⁷.

Por ende, las infracciones aduaneras, a pesar de ser de neto corte administrativo, tienen una naturaleza jurídica penal, existiendo una identidad sustancial, ontológica, entre éstas y los delitos. Las diferencias entre ambas son puramente formales, fundadas en valoraciones político sociales, estribadas en el hecho de que la aplicación de las sanciones previstas para cada una se llevará a cabo por órganos diferentes²⁵⁸. En contraposición Mario A. Villar califica a esta discusión como “sin solución”²⁵⁹.

No obstante, lo importante es determinar cuál debiera ser el criterio cuantitativo diferenciador para conocer si se trata de un delito de contrabando o de una infracción aduanera. Se han asumido diversas posturas para realizar esta diferenciación cuantitativa.

Existen quienes pretenden sustentarla sobre la base de entender que el aspecto subjetivo es el eje diferenciador, por cuanto para la existencia de delito se necesita un actuar doloso mientras que para la infracción se requiere la mera culpa. En este sentido encontramos algunos fallos que transmiten la idea de que la sola acción de documentar el ingreso de mercadería mediante un despacho de importación cuyo contenido es presuntamente falso por expresar un valor menor al real con el objeto de abonar menores derechos de importación, en principio, configuraría la conducta típica del art. 864 inciso “b” del C.A., en tanto la aludida intencionalidad descarta la infracción aduanera del art. 954²⁶⁰. En este orden de ideas se enrola el Dr. Bonzón quien sostiene que

²⁵²SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, tomo I, 5ª Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987, p. 227.

²⁵³RIGHI, Esteban; *Los Delitos Económicos*, Ad-hoc. Buenos Aires, 2000, p. 41.

²⁵⁴AFTALIÓN, Enrique; *El derecho penal administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL, Tomo 33, Buenos Aires, p. 875.

²⁵⁵JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Losada, Buenos Aires, 1951, p. 599.

²⁵⁶MEDRANO, Pablo; *Delito de contrabando y comercio exterior*, Lerner, 1991, p. 110 en la nota de pie de página n° 26.

²⁵⁷Fallos 141:217; Fallos 175:231; Fallos 205:173, entre otros.

²⁵⁸ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier; *Legalidad de la Infracción Tributaria*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 28/29.

²⁵⁹VILLAR, Mario; *Delito de contrabando e infracción aduanera. Un acercamiento a su diferenciación*, Revista de Estudios Aduaneros, Año VIII, n° 12, 1998, p. 131 (ver nota de pie de página), postura que da lugar a otros autores a sostener que no existe diferencia alguna entre el delito y la infracción.

²⁶⁰CNCP, Sala III; agosto de 1995, “Surfabril S.R.L.” con nota crítica de Héctor Guillermo VIDAL ALBARRACÍN en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley del 18 de diciembre de 1995.

“...la infracción de declaraciones inexactas prevista y sancionada por el artículo 954 del Código Aduanero no puede ser dolosa, ya que de serlo configuraría el delito de contrabando”²⁶¹, posición que mantuvo durante algún tiempo²⁶².

Me pregunto si ¿se puede buscar la diferenciación entre delito e infracción en el aspecto subjetivo de la conducta? ¿Existe, acaso, alguna limitación a nivel de tipicidad para que las infracciones puedan ser cometidas en forma dolosa? ¿Se afecta algún principio con esa hipótesis?

La conclusión de que la infracción de declaración inexacta no puede cometerse de manera dolosa se funda en la errada idea de que siempre que exista dolo la afectación al control aduanero va a existir. Claramente mezcla un concepto objetivo, como es la determinación del grado de afectación de un bien jurídico, con la intencionalidad que guió la conducta.

Para Vidal Albarracín la distinción gira en torno a la menor o mayor afectación del bien jurídico tutelado²⁶³.

La cuestión parecería necesitar de ejes objetivos en vez de pautas subjetivas. Se necesitan parámetros mensurables para justificar que una sanción de índole pecuniaria se vuelva más severa, al punto de la pena privativa de libertad, ambas contenidas en el Código Aduanero.

Tanto en las infracciones como en los delitos²⁶⁴ se tutela el mismo bien jurídico²⁶⁵: “el control aduanero”²⁶⁶. Lamentablemente esta forma de distinción también impone un problema difícil de sortear, ya que el término “control aduanero”, posee un alcance difuso²⁶⁷ por resultar instrumental y no un bien

²⁶¹ BONZÓN RAFART, Juan Carlos sostiene que la infracción aduanera de declaraciones inexactas no puede ser dolosa porque si lo fuera configuraría contrabando en: ED, Tomo 174, p. 468.

²⁶² BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Difícil armonización entre normas penales e infracciones tributarias y aduaneras*, ED, tomo 200, p. 653 en donde descarta la posibilidad de cometer la infracción de declaración inexacta en forma dolosa.

²⁶³ BONZÓN RAFART, Juan Carlos: Importante fallo relacionado con la distinción entre delitos e infracciones aduaneras, ED, Tomo 195, p. 19; VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Inexistencia de diferencias ontológicas entre los delitos y las infracciones aduaneras*, LL, Tomo 1993-E, p. 553.

²⁶⁴ Por ejemplo, el tipo infraccional del art. 954 y el delictual del art. 864, inciso “b”.

²⁶⁵ Por otro lado, doctrina española ha señalado que es una opinión dominante considerar que no es posible hallar un bien jurídico común a todas las modalidades delictivas del comercio exterior, y que por lo tanto, el objeto de la tutela deberá determinarse en concreto a la vista de cada una de las conductas que se tipifican. La nota común a todas las infracciones y el contrabando ha de ser: el vulnerar el control que desarrolla la autoridad aduanera respecto de las mercancías que están afectadas al tráfico internacional. Pero dejan en claro que esto es un modo instrumental de describir diversos comportamientos típicos, los cuales están dirigidos a proteger una serie de intereses que son los que constituyen los auténticos bienes jurídicos del delito o de la infracción. En suma, concluyen que cada figura delictiva vulnera un bien jurídico distinto en sentido técnico sin que quepa afirmar por ello que se está en presencia ante figuras pluri-ofensivas en su sentido riguroso (MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos; *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 553/554. Aquí el autor cita a las posiciones de los autores MUÑOZ Merino; *El delito de contrabando*, Pamplona, 1992 p. 123, y NIETO, Martín; *Delitos comunitarios*, Barcelona, 1996, p. 395).

²⁶⁶ GOTTIFREDI, Silvina y SCHURIG, Harry; *La afectación del bien jurídico protegido por la Aduana con relación a infracciones. Dificultad interpretativa*, Lexis Nexis, publicación del 28/7/04.

²⁶⁷ Se advierten recurrentes posiciones disímiles entre los doctrinarios y magistrados en cuanto a la determinación de su contenido y de las funciones en las cuales se protege a aquél. En este sentido ver MEDRANO, Pablo, *op. cit.*, p. 177 y ss. También ver VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Delitos*

jurídico en sí mismo. Así, si se acude a gigantescos objetos de tutela “de tipo posmoderno”, como el orden económico o la correcta funcionalidad de la vida económica, prescindiendo de los daños provocados en términos de recursos colectivos e individuales, se colocan en el centro de la tutela las razones y no los bienes jurídicos, aceptándose que la realización del tipo prescinda del ataque real al bien jurídico que efectivamente está en cuestión, con el resultado de consentir formas exasperadas de tutela anticipada que van más allá de la frontera de lo que puede tolerar un derecho penal del hecho²⁶⁸.

El riesgo de la asunción de esquemas de tutela de funciones radica en transformar el injusto penal en un ilícito de mera transgresión²⁶⁹. Bien explica Alejandro Slokar²⁷⁰ que la tradicional cadena conceptual injusto-reproche-castigo está siendo remplazada por riesgo-prevención-estabilización, resultando que en el plano del injusto la crisis la soporta el concepto de bien jurídico y su función. La crítica que encabeza la denominada escuela de Frankfurt reside en que estas ideas tienden a suprimir la noción del bien jurídico limitador. De este modo, para violar la *ultima ratio* (que pasa a convertirse en primera, cuando no en única ratio) tiene lugar la creación artificial de nuevos bienes jurídicos penales, se amplían los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes y, por fin, se flexibilizan las reglas de imputación.

La consecuencia de esta incorrecta delimitación de los bienes jurídicos es, lisa y llanamente, la imposibilidad que el bien jurídico realice una de sus principales funciones, cual es, operar como límite para la aplicación de una sanción penal como *ultima ratio*²⁷¹. Así, vemos como la necesidad alegadamente impuesta por el moderno Derecho Penal Económico en cuanto debe combatir agresiones a funciones e instituciones con una fuerte abstracción de los bienes jurídicos individuales²⁷² es la que provoca la imposibilidad de poder usar adecuadamente este parámetro diferenciador.

Aduaneros, Mave, 2004, p. 85 donde expresa que “incluir dentro del control aduanero las facultades tendientes a preservar y ejecutar la política económica, permitió la aplicación del delito de contrabando en forma excesiva, desnaturalizándolo”.

²⁶⁸MOCCIA, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones, entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*, traducción de Ramón Ragués Valles; *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 136.

²⁶⁹MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal, Parte General*, B de F, 7º edición, Buenos Aires, 2004, p. 130. El autor opina que “...el derecho penal de un estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales...el Estado de Derecho, y el principio de legalidad material que impone, aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten en forma bien diferenciada en un catálogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como “perturbación del orden social”, “perjuicio social”, etc.” y Mario Villar en cuanto expresa que “El control aduanero es algo instrumental y que no puede ser objeto de una valoración positiva...”, añadiendo que “Como sea que se tome al bien jurídico debe existir un contenido al que se pueda aplicar el predicado de valioso o disvalioso, sin esa posibilidad no hay bien jurídico, el control aduanero no es valioso o disvalioso sólo se sabe si lo es cuando tiende a proteger un valor” (“Revista de Estudios Aduaneros”, Año VIII, 1998, edición nº 12, p. 132/4).

²⁷⁰Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, del mes de diciembre de 2002, p. 25.

²⁷¹Siguiendo a Roxin, el concepto de bien jurídico, junto con la finalidad de la pena, está en condiciones de proporcionarnos la indicación de qué es lo que puede ser legítimamente tutelado con el Derecho Penal.

²⁷²Conf. Claus VOLK, citado por YACOBUCCI, Guillermo; *Algunos criterios de imputación en la empresa*, capítulo del libro *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, coordinado por Percy GARCÍA CAVERO, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2004, p. 380.

Conforme la situación evidenciada entiendo que el bien jurídico no cumple el rol de garantía en la delimitación del instrumento penal y, por ende, seguimos sin poder delimitar una conducta socialmente disvaliosa que requiera la intervención del derecho penal. Ello, por cuanto esta situación de vaguedad e indeterminación del contenido del término “control aduanero” dificulta mensurar su “mayor o menor” afectación.

Así, arribamos a otro parámetro utilizado para diferenciar delitos e infracciones, cual es, la modalidad de afectación de este “bien jurídico”.

Si bien injusto y culpabilidad operan como presupuestos del merecimiento de pena, no son suficientes para agotarlos. Además, el valor del bien jurídico protegido y la peligrosidad del ataque al mismo determinan el merecimiento de pena de un hecho²⁷³. Clara es la expresión vertida por Navarro Cardoso al sostener que “...el merecimiento de protección jurídico-penal no sólo está en función de la importancia del interés a proteger, sino también de la gravedad en las formas de ataque”²⁷⁴.

En relación con los ilícitos aduaneros se ha expresado que “Cuando el dolo recibe cierto respaldo sea documental –mentira documentada-, o de otra índole (en el caso de doble fondo de equipaje), esto es, asume entidad para al menos dificultar el control aduanero, el hecho deja de ser infracción y adquiere categoría de delito”²⁷⁵. Así, tanto los delitos como las infracciones aduaneras pueden ser intencionales o culposas, ya que necesariamente han de contener el ingrediente subjetivo (dolo o culpa), encontrando su diferenciación en la forma en que impidan o dificulten el control²⁷⁶ que las leyes acuerdan a las aduanas sobre las importaciones o las exportaciones²⁷⁷.

²⁷³ MEDRANO, Pablo; *Delito de contrabando y comercio exterior*, Lerner, edición 1991, p. 84.

²⁷⁴ NAVARRO CARDOSO, Fernando, *op. cit.*, p. 102.

²⁷⁵ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Criterio diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras y de estas entre sí*, ED, 162-1186.

²⁷⁶ En este sentido se ha expresado la Cámara Nacional en lo Penal Económico al sostener que “Las conductas típicas en todas las modalidades simples del contrabando (es decir, no calificadas por alguna circunstancia) se fundamenta, principalmente en la gravedad del modo de ataque al bien jurídico tutelado. Por esta razón, se puede concluir que el legislador no tuvo el fin de tornar delictiva una simple mentira (prevista específicamente por el art. 954 del C.A.), sino una mendacidad que deja de ser simple cuando es acompañada de otras maniobras engañosas o ardidosas que son aptas e idóneas para provocar el error del servicio aduanero y, por ende, para impedir o dificultar las tareas de control de aquél” (CNPE, Sala “B”, 01/03/2001, “Garac y Gojak s/ Inc. de apelación Baxter Argentina S.A.”).

²⁷⁷ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Inexistencia de diferencias....cit.*, p. 553 y ss. En esta oportunidad se comenta el fallo dictado por la CNPE, Sala “A”, del 18 de mayo de 1993: “Walter Margarita y otro”, en la que se ratifica esta distinción jurídica. Así también se ha manifestado el Dr. Bonzón quien sostuvo que “el ardid o engaño desplegado por el infractor admite graduaciones (...). Si las declaraciones engañosas o la ocultación maliciosa prevista por el art. 46 ley 11.683 (t.o. 1998, LA 1998-C-2994) como medios ardidosos, son fácilmente detectables mediante el debido control que debe efectuar el ente recaudador, la conducta reprochada encuadraría como figura infraccional (...). Si por el contrario la conducta ardidosa fuere de tal magnitud que le costara al Fisco un esfuerzo considerable para detectarla, sería considerada delictual (doble contabilidad, doble facturación, etc.) o “si la conducta imputada ilícita es de tal gravedad que compromete seriamente el control fiscal o aduanero, al exigir un esfuerzo fuera de lo normal para detectarla, debe ser encuadrada como delictual. Por el contrario, si la conducta desarrollada es fácilmente detectable, mediante el rutinario pero adecuado control, debe ser encuadrada como infraccional”.

Si bien es evidente que la modalidad (cómo) está íntimamente relacionada con la magnitud (cuánto) de la afectación al bien jurídico tutelado, control aduanero, lo cierto es que ante un bien jurídico insuficiente para proporcionar parámetros válidos (como lo es el control aduanero), la forma en que se desarrolla la conducta prohibida emerge como un criterio útil para dicho fin.

Nuestro ordenamiento positivo proporciona una serie de parámetros en este sentido. Ya sea la forma de exteriorización de la conducta, “actos engañosos o ardidosos”, “ocultación”, “simulación”, “sustitución”, “desviación”, etc.; su carácter de “clandestino”, “falso” etc., aunque a veces encontramos figuras como la del artículo 864, inciso “b”, que dificultan la clara delimitación entre un delito y una infracción ya que, más allá de existir en su redacción una exigencia subjetiva distinta del dolo, su redacción es imprecisa y por eso recibe críticas por inobservancia del principio de legalidad²⁷⁸.

El elemento subjetivo en el “contrabando documentado”

Es necesario determinar si el “tratamiento aduanero o fiscal distinto” comprende solamente a los tributos aduaneros (tesis restringida) o también alcanza a cualquier tributo en general (tesis amplia).

En la previsión del artículo 864, inciso “b”, el codificador incluyó tanto al tratamiento “aduanero” como al “fiscal” en forma separada, dando una pauta hermenéutica en apoyo a una interpretación amplia de esa indicación. Es cierto que el tratamiento aduanero no sólo comprende una faz económica, pero no por ello podemos apartarnos de una interpretación sistemática y a su vez literal de esta norma que contiene la conjunción “o” entre los términos “aduanero” y “fiscal”.

Además, aunque la eventual evasión de los importes correspondientes por pago de IVA y Ganancias es una consecuencia de la maniobra de simulación lograda a través de la falsificación de los documentos aduaneros, no por eso queda desplazada la figura de contrabando documentado. Ello, en tanto y en cuanto el término analizado resulta ser un requisito subjetivo distinto al dolo propio del tipo penal, siendo que en el caso concreto, para llegar a analizar si esta condición se ha materializado, primero se debe concluir que la conducta desarrollada impidió u obstaculizó el control aduanero.

Por eso, si bien sin la efectiva acreditación de este elemento subjetivo no se dan los requisitos de este tipo penal, la finalidad con la que se realiza la conducta no altera el núcleo de lo prohibido. Y es aquí donde nuevamente se manifiesta el problema de la indeterminación de esta figura legal²⁷⁹ que da sustento a que la doctrina especializada la critique por no respetar el principio de legalidad.

²⁷⁸MEDRANO, Pablo; *op. cit.*, p. 274 donde sostiene que “esta manera de formular tan indeterminadamente la ley penal denota en el legislador un cierto cansancio que hace que se degenere la técnica legislativa (desde la perspectiva de una buena formulación técnica) y que se corra el riesgo de afectar su contenido al posibilitar que se eluda la responsabilidad de revelar claramente el campo de la punibilidad”.

²⁷⁹Cualquier acción u omisión que impida o dificulte el control del servicio aduanero no resulta una descripción de un tipo penal que respete el principio de legalidad.

En apoyo a la postura el más alto tribunal sostuvo que “...el legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal”, pues lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas. Añadió que el ejercicio de las facultades legales de las aduanas sirven tanto para la recaudación de los gravámenes como para velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional²⁸⁰.

No todas las inexactitudes declaradas hacen variar la base imponible para el pago de los tributos aduaneros, o el logro de estímulos a la importación o de beneficios arancelarios. Es lo que sucede cuando se simula la calidad de importador del documentante, lo cual no afecta las funciones propias de la Aduana ya que no posibilita la introducción de mercadería prohibida o restringida a la importación. En un caso así no existe contrabando porque no hubo afectación del control aduanero.

Reflexión

Para realizar una correcta diferenciación entre el delito de contrabando documentado (art. 864, inc. “b”) y la infracción por declaración inexacta (art. 954 del CA) no basta con acreditar que el hecho se hizo de manera dolosa ni que se acredite en el caso concreto la afectación del bien jurídico. La diferenciación cuantitativa debe también atender a analizar la forma en que el bien jurídico ha sido afectado para evitar errados encuadramientos de las conductas.

El criterio de distinción correcto considerará si el imputado actuó con conocimiento y voluntad de realización de los requisitos del tipo objetivo del delito (dolo) afectando de manera sustancial el bien jurídico protegido por la figura de contrabando (control aduanero) a través de una modalidad con entidad suficiente para descartar la existencia de una mera infracción (ej. presentar documentación falsa, falsear la información de los documentos aduaneros omitiendo informar vinculaciones empresarias, utilizar sociedades “fantasmas” para ocultar el real valor de venta de la mercadería en la documentación a presentar ante la aduana, etc.).

Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la atribución de responsabilidad no será razonada sino azarosa.

Ahora bien, ¿hay *bis in idem* cuando se recalifica el hecho investigado? Entiendo que no, y que es posible recalcular la persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución no pudo examinar la imputación (‘el mismo hecho’) desde el punto de vista jurídico-penales correcto, debido a las propias exigencias dogmáticas de la ley penal, por ejemplo, los elementos del tipo²⁸¹.

²⁸⁰ Fallos 296:473 y 302:1078.

²⁸¹ En este sentido opina MAIER, Julio B. J.; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple....cit.*, p. 623/4 y 630.

XI d. Exportación-importación ¿hecho único o hechos distintos?

La jurisprudencia de los tribunales federales permitió poner en el tapete las interpretaciones superpuestas que se desprenden de las investigaciones por delitos de contrabando. En los casos que presento notaremos supuestos de doble persecución penal que ponen en peligro el principio del *ne bis in idem*. Sucede que mientras se investiga el contrabando de importación en el extranjero, la jurisdicción argentina también investiga el contrabando de exportación cometido por el mismo autor.

Las respectivas investigaciones traspasan el territorio nacional, involucrándose con disposiciones normativas y jurisdiccionales de otro país.

Esta discusión cobra mayor dimensión en el contrabando más frecuente y polémico: el tráfico de estupefacientes. Esta problemática expandió la preocupación al punto de comprometer a la comunidad internacional mediante convenios de cooperación mutua para eliminar la delincuencia organizada y sus indeseables consecuencias para la salud pública.

Entre los instrumentos celebrados encontramos: la Convención Única de 1961 sobre Estupefaciente, firmada en Nueva York el 20 de marzo de ese año, enmendada por el Protocolo de Modificaciones, suscripto en Ginebra el 25/3/1972. Posteriormente se firmó el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, en Viena el 21/2/1971 y el Acuerdo Sudamericano sobre estupefacientes y Sicotrópicos, en Buenos Aires, el 27/4/1973. Y, por último, se aprobó la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

El primero de los convenios prescribe que las partes asegurarán, en el plano nacional, la coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito de estupefacientes, que cooperará estrechamente y entre sí y con las organizaciones internacionales competentes de que sean miembros, para mantener una lucha coordinada contra el tráfico ilícito de estupefacientes. Asimismo, cada una de las partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el transporte, importación y exportación de esta mercadería, o cualquier otro acto en infracción de las disposiciones de la Convención, se considere delito.

En el mismo sentido, el Acuerdo hace referencia –en el Primer Protocolo Adicional- a las figuras delictivas que deben incluirse, todas ellas relacionadas con la comercialización (importación-exportación), depósito, venta, distribución, almacenamiento, transporte y cualquier otra forma de comercialización; y también las relacionadas con la organización y financiación de las actividades vinculadas con esas acciones.

Y el último de los convenios firmados alude al deber de los Estados de tipificar como delitos la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto por la Convención de 1961, en su enmienda, o por la Convención de 1971.

El bagaje normativo demuestra que el delito de contrabando de estupefacientes es un “delito internacional”. Este tipo de crímenes genera responsabilidad interna e internacional, ya sea por no juzgar al acusado o por impedir que sea juzgado por otro país.

Como lo ha señalado la jurisprudencia “el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad” y “la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional (...) conviniéndose que los bienes jurídicos que se pretendieron tutelar con las disposiciones que contenía la Convención y que se integrarían a los derechos internos mediante la tipificación de los delitos (...) eran entre otros, la salud, el bienestar de los seres humanos y las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, al expresarse que ... ‘la magnitud y la tendencia de la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (...) representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad’ ...”²⁸².

Los Estados, incluidos nuestro país, han asumido la responsabilidad internacional de tipificar esta conducta en sus ordenamientos jurídicos en atención al incremento de la vulnerabilidad de ciertos bienes jurídicos supranacionales como ser la salud pública y el bienestar general²⁸³.

Entonces, lo que se intenta reprimir y suprimir es una única conducta: el tráfico ilícito de estupefacientes. Este tipo de maniobras supone, necesariamente, la extracción de la sustancia de un territorio aduanero determinado y la importación de la misma en otro territorio aduanero. De tal forma, para que la importación de la mercadería pueda llevarse a cabo debió ser exportada – previamente- de un territorio aduanero distinto del de destino y por ello configura una única conducta de tráfico ilícito internacional, más allá del múltiple encuadre legal que se pudiera dar por su comisión en varios Estados, lo cual no impide que se conserve aquella unidad de acción.

d.1) Límites a la ley penal en el espacio

El contrabando de estupefacientes no se agota en un mismo territorio y que, por ende, tiene componentes extranjeros, propios de la modalidad de comisión y de los sujetos involucrados. La maniobra se despliega en distintos escenarios territoriales donde intervienen diferentes sujetos, cada uno con un rol específico de acuerdo a la distribución de tareas asignadas por el plan delictivo.

El problema radica en determinar ¿quién es el juez competente o la ley aplicable para juzgar el caso? Para abordar este tipo de crímenes hace falta coordinar, cooperar y generar un orden normativo que aproxime y armonice las legislaciones nacionales para combatir la delincuencia internacional.

²⁸² Voto del doctor Roberto E. Hornos, “Incidente de Excepción de falta de acción por cosa juzgada...en causa TURCO...s/contrabando de estupefacientes”, Sala B, C.N. Penal Económico, Reg. 385/2007.

²⁸³ CHOHUELA, Diego; DATO, María I.; NICOLSI, Juan M.; *Doble persecución del delito de contrabando de estupefacientes. Principio del ne bis in idem*, en *El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, El Derecho, abril, 2008, p. 33.

Si bien el tipo penal básico de contrabando²⁸⁴ describe conductas cometidas en territorio aduanero argentino, la sanción prevista puede generar conflictos de jurisdicción territorial según los espacios donde se haya cometido la conducta típica. El *quid* de la cuestión se reduce a la posibilidad de que a una persona se le imputen dos delitos, en distintas jurisdicciones, por un mismo hecho.

Hacen falta algunas pautas que permitan precisar la aplicación del poder punitivo respecto de delitos cometidos en el territorio nacional o en territorio extranjero. Para iluminar este punto propongo enfocarnos. En estas disposiciones se toma en cuenta el lugar de comisión del hecho, la especie del delito, los efectos delictivos, la noción de autor y de víctima. Estas pautas colaboran con el diseño de ciertos criterios de aplicación del poder estatal sancionador. Estos instrumentos son Código Penal Argentino y los Tratados de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, aunque nuestro país sólo ratificó el primero.

El principio general admitido por el derecho de gentes es el de la libertad de jurisdicción que deja a discreción de cada Estado soberano las consecuencias jurídicas que asuman en su territorio los hechos ocurridos en el exterior, lo que sólo en casos aislados está limitado mediante normas prohibitivas²⁸⁵. El derecho de gentes exige que entre el Estado y el supuesto de hecho exista una conexión avalada por los principios de validez material de la ley penal²⁸⁶.

- a) Principio territorial: se aplica la ley penal del Estado a todos los hechos delictivos que se cometan en su territorio (artículo 1°, inciso 1°, del Código Penal y artículo 1° de ambos tratados de Montevideo). Aquí la conexión se deriva del concepto de soberanía.
- b) Principio real o de defensa: el Estado tiene interés en defender determinados bienes jurídicos contra ataques que los pongan en peligro desde el extranjero. No se considera donde se gestó el delito, sino donde recayeron sus efectos. El Estado ejerce su jurisdicción para evitar la violación de sus bienes jurídicos sin reparar donde se cometió el hecho. Con esta teoría se engloban delitos a distancia, que se preparan y se consuman en un Estado pero que afectan a otro en su seguridad o economía. Por ejemplo, el envío de sustancia estupefaciente de un país a otro. Este principio se encuentra receptado en el artículo 1°, inciso 1° del Código Penal, cuando alude a “sus efectos” y en los artículos 2, 3, 4 y 6 del Tratado de Montevideo de 1889 y en los artículos 2 y 5 del de 1940.
- c) Principio de la personalidad: esta regla toma los atributos personales del autor del hecho y otras veces los de la víctima, generalmente la nacionalidad o el domicilio de residencia. Este principio sujeta al imputado a la ley penal del Estado del que es nacional, sin tener en cuenta donde se cometió el delito. Este principio suele continuar en importancia al de territorialidad. Pero suele exigirse que el hecho esté amenazado con pena en el lugar de su comisión y que el Estado con

²⁸⁴ Artículos 863 y ss. de la ley 22.415.

²⁸⁵ Caso “Lotus” de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

²⁸⁶ CHOEULA, D., DATO, M. y NICOLSI, J.; *ob.cit.*, p. 34.

jurisdicción en ese territorio no lo haya sometido aún a su potestad territorial.

El principio de personalidad pasiva, el que considera los atributos de la víctima, es recibido cada vez con más beneplácito en las convenciones internacionales.

Esta regla no encuentra asiento normativo en nuestro Código Penal ni en los Tratados de Montevideo, pero Argentina refiere a la nacionalidad en el instituto de la extradición.

- d) Principio universal: cualquier Estado puede perseguir todos los delitos que atenten contra bienes jurídicos que el Estado quiere proteger; esos delitos son tenidos por *delicta iuris gentium*. A modo de ejemplo menciono la piratería, el tráfico de mujeres, de niños, de esclavos y de drogas. Los tratados internacionales multilaterales han sumado a la lista los delitos de genocidio, piratería aérea, agresiones terroristas a diplomáticos, la toma de rehenes, el *apartheid* y la tortura.

La característica común de este tipo de delitos es que violan valores esenciales para la comunidad internacional y su defensa obedece a la solidaridad universal, gracias a la cual se confiere a los Estados facultades para hacer efectiva la aprehensión del delincuente, sorteando el impedimento territorial y/o la nacionalidad.

Reconozco que esta regla no está vista con agrado por los Estados que se creen “absolutamente” soberanos y no suelen admitir que otro Estado, en cuyo territorio no se habría cometido el delito, juzgue al autor del hecho. Se considera que el tráfico de estupefacientes es un delito del Derecho Penal Internacional, en tanto agravia los intereses de la comunidad internacional.

En respaldo de esta conclusión citamos el artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1889 establece: “Los delitos considerados de piratería (...) quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes”; y el Tratado de Montevideo de 1940 establece: “La piratería internacional, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas (...) quedan sujetos a la jurisdicción y la ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera sea el lugar donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al estado en el cual los hechos delictivos sean consumados, de solicitar, por la vía de extradición, la entrega de delincuentes”.

- e) Principio de representación: en este caso, un Estado que no tiene jurisdicción en el territorio donde se cometió el delito, somete al delincuente a su ley y a sus tribunales al denegar la extradición o cuando es evidente que ese pedido no procederá. Es requisito que el acusado se encuentre en el territorio del Estado que aplica el principio. Funciona como la contratara de la extradición.
- f) Jurisdicción concurrente de los Estados: es lógico pensar la posibilidad de que las jurisdicciones de dos Estados se superpongan si todos ellos tienen potestad jurisdiccional sobre hechos ocurridos dentro y fuera de su frontera. Habrá competencias concurrentes en la medida que el mismo hecho pueda ser perseguido en más de una jurisdicción estatal.

Entonces, ¿cómo resolver la situación cuando el autor es doblemente perseguido?

La respuesta es obvia: aquí cobra protagonismo el principio *ne bis in idem*. El punto es determinar si existe un orden preferente para el enjuiciamiento del autor. El derecho internacional guarda silencio al respecto; los Estados se resisten a ceder jurisdicción a favor de otro Estado. Es extraño que acepten perder soberanía, en definitiva perder poder.

En estas condiciones, parecería que el *ne bis in idem* solo tiene eficacia dentro de una misma jurisdicción estatal.

Quienes sostienen la soberanía estatal a raja tabla no encuentran motivo para que el derecho de gentes limite la libertad de decidir cuáles casos serán sometidos a la jurisdicción del Estado. Argumentan que la instauración de un nuevo proceso penal, los criterios de responsabilidad penal y la eventual decisión sobre la libertad o la privación de bienes jurídicos del imputado por medio de la pena, son cuestiones que hacen al orden interno de un estado, o sea, a su política criminal, y no pueden ser interferidas por decisiones de igual naturaleza de otros Estados. En este entendimiento, la ley penal de un Estado se aplicaría prescindiendo de las pretensiones punitivas de otros Estados²⁸⁷.

La disputa interestatal por la jurisdicción relega al individuo como destinatario de la protección que ejercen las garantías. Un criterio amplio de aplicación de la potestad jurisdiccional ubica los Estados como sujetos de derecho internacional cuando, en realidad, los límites a su poder están previstos a favor de los ciudadanos, quienes, en definitiva, son los auténticos destinatarios de los beneficios que suponen los recortes del poder punitivo estatal.

De este razonamiento se sigue que, aunque el derecho de gentes no reconozca una regla *ius cogens* que impida la múltiple persecución penal por parte de diversos Estados respecto de un mismo acusado por un mismo hecho, las razones de justicia y equidad exigen que los Estados resuelvan los efectos de la concurrencia jurisdiccional.

Existen distintas formas de reducir las consecuencias jurídicas injustas de la doble persecución penal. Entre ellas: 1) el reconocimiento del valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera que recae sobre el mismo imputado y sobre el mismo hecho; 2) el principio procesal de oportunidad por el cual ya no es conveniente seguir persiguiendo aquello que ya se persiguió o se está persiguiendo en otro Estado; 3) el cómputo de la pena sufrida en el extranjero a la condena que se aplica en territorio nacional; 4) la declaración de inconstitucionalidad de una segunda condena por violación al principio de culpabilidad, toda vez que el doble reproche por el mismo hecho excede la medida de la culpabilidad.

En el orden interno recordemos que el artículo 1° del Código Penal dispone la aplicación de la ley penal argentina a delitos cometidos en el extranjero cuyos efectos deban producirse en el territorio de nuestra Nación o en lugares sujetos a su jurisdicción, y también a delitos cometidos fuera del territorio por agentes y empleados de la Nación en el ejercicio de sus funciones. En base a estas

²⁸⁷ CHOUELA, D.; DATO, M. I. y NICOLSI, J.M.; *ob. cit.*; p. 36 y 37.

reglas (de territorialidad y de personalidad), los tribunales argentinos no sólo han ejercido su jurisdicción sino que también han reconocido la jurisdicción extranjera. Por lo que la regla espacial, si bien es un principio dominante, no es exclusiva y puede ceder en aras de justicia y equidad al imputado.

En el orden internacional, los tratados no contienen una verdadera prohibición de la doble persecución penal por distintos Estados.

En materia de extradición suele establecerse la improcedencia cuando el pedido se refiere al mismo hecho por el cual el individuo reclamado ha sido juzgado, condenado o absuelto en el país requerido. En algunos tratados se incluye, además de los casos que arribaron a una sentencia, aquéllos que se están tramitando o sea cuando el ciudadano está siendo procesado en el país requerido. Y aún más, existen previsiones internacionales que toman en cuenta no sólo las sentencias dictadas por el mismo hecho en el país requerido sino también las dictadas por un tercer Estado.

Son excepcionales los convenios que impiden la doble persecución en distintos Estados. Por lo general regulan la posibilidad de que un Estado se niegue a colaborar con un procedimiento que implica doble persecución, pero ello no descarta la jurisdicción del Estado requirente para llevarlo adelante, e incluso, aprehender al prófugo para someterlo a juicio²⁸⁸.

La única regla general que establece la prohibición de la persecución penal múltiple como límite material a la jurisdicción de los estados es la del artículo 4° del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889. Esa norma indica que en los casos de concurrencia de jurisdicciones “tendrá lugar un sólo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas”, y regula la obligación del juez del proceso de ordenar la comunicación de la iniciación del juicio a los Estados interesados.

Es interesante resaltar que algunas de las previsiones internacionales prevén la resistencia a colaborar ante un pedido de extradición cuando haya mediado indulto, amnistía o reducción de la pena a favor del sujeto requerido.

Y en ciertos casos el derecho de gentes admite -aunque no lo haga expresamente- que un hecho ocurrido en una determinada jurisdicción territorial quede sometido a la jurisdicción de otro Estado, que por algún motivo de conexión tenga facultad preferente para juzgar ese mismo hecho. Es decir que, a la luz de las garantías del imputado, se acepta la potestad penal de un Estado extranjero que intervino o interviene en ese hecho primigeniamente.

d. 2) Voces de la jurisprudencia

1) ARLA PITA, Tamara y otros²⁸⁹

La Justicia Federal de Morón rechazó el pedido de extradición efectuado por Estados Unidos, respecto de imputados detenidos en nuestro país por el delito

²⁸⁸ CHOUELA, D.; DATO, M. I.; NICOLSI, J.M.; *ob.cit.*, p. 39

²⁸⁹ Fallos: 325:2777

de asociación ilícita a los fines de la comercialización de grandes cantidades de heroína. El pedido se fundó en que ya se los estaba procesando en la Argentina por el delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de más de tres personas organizadas para cometerlo. La Corte Suprema revocó, por mayoría la resolución impugnada por el Ministerio Público Fiscal, haciendo lugar a la extradición temporaria de los requeridos.

Se argumentó que aunque en el país estuvieran procesados por el delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de más de tres personas organizadas para cometerlo, no se conculcaba el principio que veda la doble incriminación, pues el tipo penal aplicado por el juez argentino no subsumía totalmente los hechos valorados por el juez extranjero atento la falta de identidad entre ambos objetos procesales, cuestión que los tribunales del país requerido no pueden modificar por ser ajena al trámite de extradición.

Se señaló asimismo que esa decisión no menoscababa el principio del *ne bis in idem* porque la dualidad típica que el delito de tráfico podría encerrar queda desvirtuada por la regla del artículo 36, párrafo 2°, apartado a), inciso “i” de la Convención Única de Estupefacientes, celebrado en Nueva York en 1961, enmendada por el Protocolo de Modificación suscripto en Ginebra en 1972 y completada por la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena en 1988. Esa norma contempla cuáles son los delitos que deben considerarse infracciones distintas cuando son cometidos en diferentes países.

*Disidencia del doctor Petracchi:

Este magistrado manifestó que no estaba en discusión que se trataba de la misma conducta de tráfico de estupefacientes desde la perspectiva dual de la importación-exportación, sino que lo que se debatía era la posibilidad de sancionar separadamente la confabulación para importar estupefacientes en una jurisdicción y el tráfico de las mismas sustancias en forma organizada en otra. Esta última calificación supone una valoración más completa del hecho y en la que el elemento “confabulación” ya estaría formando parte del juicio de reproche de la agravante “organizadamente”.

Señaló también que se trataba de las denominadas “infracciones progresivas” en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad y, respecto de las cuales, la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos²⁹⁰.

Petracchi añadió que una interpretación correcta de las reglas concursales tiende a preservar la vigencia del *ne bis in idem* en tanto ellas se dirigen a evitar que el mismo hecho, o ciertos aspectos de él, sean valorados acumulativamente.

En conclusión, rechazó la extradición solicitada por EE.UU., manifestando que si se encontraban procesados en el país por el delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de más de tres personas

²⁹⁰Cita en el voto disidente: NINO, Carlos; *El concurso en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p.57.

organizadas para cometerlo, el reproche penal por la “confabulación” investigada en EE.UU. estaba contemplada en la acusación del proceso penal argentino. Por todo lo cual, conceder la extradición para que se los juzgue por “confabulación” en el extranjero violaría el principio *ne bis in idem*.

2) DUQUE SALAZAR, Francisco J. y otros²⁹¹

Aquí la Corte Suprema modificó el criterio con el que falló en “Arla Pita”, revocando la sentencia apelada y rechazando la extradición solicitada.

El juez de primera instancia había concedido la extradición pedida con relación a quienes se les atribuía haber confabulado para importar heroína a los Estados Unidos y, a su vez, poseían un proceso en su contra en Argentina por el delito de organización y financiamiento de actividades vinculadas con el narcotráfico.

La mayoría²⁹² argumentó que sin perjuicio de que los hechos por los cuales se requería la extradición no coincidían en forma completa con los investigados en nuestro país, lo decisivo era que la totalidad del reproche contenido en la conducta por la cual se formulaba reclamo ya estaba comprendida en la imputación más amplia por la que estaban siendo perseguidos penalmente en esta jurisdicción, haciendo especial hincapié en el voto disidente que había formulado el doctor Enrique S. Petracchi en el antecedente “Arla Pita”.

3) CABRERA, Juan Carlos²⁹³

En este precedente se había solicitado la extradición por la confabulación para importar heroína a los Estados Unidos que habría sido cometido por Dina Gloria Dercan y otros integrantes de una organización dedicada al narcotráfico. Sin embargo, dicha actividad dio fundamento a una imputación penal por infracción al artículo 7 de la ley 23.737. En tales condiciones el extrañamiento resultó improcedente, pues el hecho por el que se requirió a Dercan ya estaba siendo juzgado en la República Argentina (artículo 5° del Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, ley 25.126).

Asimismo se dijo que: “...no obsta a lo expuesto la circunstancia de que los hechos por los que se requiere la extradición no coincidan en forma completa con los investigados en nuestro país, sino que lo decisivo es que la totalidad del reproche contenido por la que se formula el reclamo ya está comprendida en la imputación más amplia por la que está siendo perseguida penalmente en esta jurisdicción”.

También se señaló que: “...una correcta interpretación de las reglas concursales tiende a preservar la vigencia del *non bis in idem*, en tanto ellas se dirigen a evitar que un mismo hecho, o ciertos aspectos de él, sean valorados acumulativamente. (...). En efecto, para desentrañar el hecho atribuido a los requeridos sería necesario recurrir a la regla según la cual tales infracciones, si

²⁹¹ Fallos: 327:4884

²⁹² Votos de los doctores Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton.

²⁹³ Fallos: 330:261

son cometidas en diferentes países, son consideradas ‘como delitos distintos’ la cual ya no se encuentra vigente, de acuerdo a los precedentes “Rojas Morales” (Fallos: 311:2518) y “Curuchaga” (Fallos: 324:1146).

En efecto, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suprimió la regla interpretativa mencionada, quedando tácitamente derogada. La trascendencia de esa supresión y su relevancia en el caso “Cabrera” no podía ser ignorada. El asunto de la interpretación de los hechos fue particularmente reflexionado durante las labores preparatorias de la Convención. Si bien el Anteproyecto incluía el artículo 2.4 previendo la misma disposición interpretativa que la Convención de 1961, finalmente los expertos acordaron suprimirla en tanto su finalidad no estaba clara y equivalía a una violación del principio de *ne bis in idem*.

Recordemos que por aplicación del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se puede acudir a trabajos preparatorios y a las circunstancias de celebración del tratado que se pretende interpretar para determinar el sentido cuando la cláusula en cuestión tenga un significado ambiguo.

En este antecedente, el aporte de la C.N.C.P. fue relevante para orientar sobre cuáles son las pautas interpretativas válidas que esclarecen si un hecho es igual o no a otro.

4) MATTIS, Jorge s/ recurso de casación²⁹⁴

El voto del doctor Juan E. Fégoli retomó los argumentos esgrimidos en la disidencia de Petracchi en el fallo “Arla Pita” así como las razones de la C.S.J.N. en “Duque Salazar” y en “Cabrera”. La recopilación de los antecedentes en que se fundó la decisión de la Sala I apuntó a confirmar la afectación al principio constitucional de *ne bis in idem*.

La Defensa Pública Oficial recurrió en casación la decisión del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 que no hizo lugar a la excepción de falta de acción que planteara. Indicó que su defendido había sido condenado en Niza como autor penalmente responsable del delito de importación mediante contrabando de sustancias estupefacientes aplicando las disposiciones del artículo 414 del Código Penal Aduanero Francés. Manifestó que la imputación atribuida en esta causa, por contrabando de exportación agravado, configura el primer eslabón de la maniobra delictiva por la que Mattis fuera condenado en Francia, quedando en consecuencia abarcada por aquélla imputación más amplia, por la que resultó condenado. Reforzando su argumento, señaló que ambas imputaciones resultaban idénticas y que las conductas no se pueden separar porque integran un mismo hecho. Mencionó también que se trataba de un delito “transnacional” que, lógicamente, conlleva a la superposición de disposiciones normativas internas de los Estados en los que se verificó la progresividad delictual.

²⁹⁴CNCP, Sala I, Registro N° 13.987, del 29 de mayo de 2009.

Por otra parte, sostuvo que se aplicó erróneamente la Convención Única de 1961, en tanto la pauta interpretativa de los hechos cometidos en dos jurisdicciones internacionales había sido reemplazada por la Convención de Naciones Unidas de 1988, y la consideración de que el hecho que se le imputaba Mattis difería de aquél por el cual fue condenado en Francia no es razonable. En efecto, en la Convención de Nueva York de 1961 se estableció que la referida disposición regirá “A reserva de lo dispuesto por su constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada parte” Además, la referida convención no forma parte de los instrumentos internacionales incorporados por la reforma constitucional de 1994. Más aún, la aplicación de las disposiciones de instrumentos internacionales, quedan sujetas a que lo allí estipulado no resulte contrario a los principios constitucionales de cada país.

Haciendo lugar a los agravios de la Defensa Oficial, la Sala I coincidió en que la imputación contra Mattis -con motivo de haber sacado la droga de nuestro país el día anterior- no podía dejar de verse sino como una fracción integrante del mismo hecho por el que fuera detenido, enjuiciado y condenado en Francia. Por lo que continuar el enjuiciamiento en territorio nacional habría implicado la afectación del principio de *ne bis in idem*.

Con los argumentos expuestos, se dejó sin efecto la resolución del TOPE N° 3 y se ordenó dictar una nueva resolución con arreglo a lo decidido.

5) TURCO, Rolando Javier s/ contrabando de estupefacientes²⁹⁵

El juez de primera instancia había procesado al imputado como autor del delito de contrabando consumado de exportación agravado por la intervención de tres o más personas y por tratarse de sustancias estupefacientes inequívocamente destinadas a la comercialización.

La Alzada confirmó la resolución apelada por la defensa, quién se agravió del doble juzgamiento en contra de su asistido, pues ya había sido condenado en Francia por el mismo hecho.

La mayoría integrada por los doctores Grabivker y Pizzatelli, indicó que no existía afectación a la garantía del *ne bis in idem* por el hecho de que se procesara al imputado por el delito de exportación de estupefacientes pese a que había sido condenado en otro país por el delito de importación de dichas sustancias, pues por aplicación del artículo 36, párrafo 2°, apartado a), inciso “i”, de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, debía concluirse que la acción desarrollada por el imputado al egresar del territorio argentino transportando cocaína en la valija, evidenciaba la comisión de un hecho distinto al de haber ingresado a otro país con dicha sustancia²⁹⁶.

²⁹⁵ CN Penal Económico, Sala “B”, Reg. Nro. 385/2007.

²⁹⁶ Esta decisión encuentra sustento legal en la letra del artículo 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 que disponía: “1.a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que (...) la importación y la exportación de estupefacientes (...) se consideren como delitos (...) 2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte: a) i) Cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto...”.

*Disidencia del doctor Hornos:

Consideró que la interpretación elaborada por el voto mayoritario afectaba la garantía del *ne bis in idem*, pues la conducta investigada por ambos países implicaba, necesariamente, exportar la sustancia de un territorio aduanero determinado para ingresarlo luego en otro territorio aduanero. Esa secuencia configura una única conducta, constitutiva del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que debe ser calificada como “delitos o infracciones progresivas”²⁹⁷.

En esa misma línea, expresó que el caso de las “lesiones jurídicas progresivas” constituye una situación de concurso de tipos en razón de que el múltiple encuadre es sucesivo y no simultáneo²⁹⁸. Y, aún, puede haber unidad de acción en la realización progresiva del tipo a través de una serie de actos individuales con los que el autor se va aproximando al resultado típico. Lo determinante entonces para apreciar la unidad de acción es la subsistencia de la misma situación motivacional en una unitaria situación fáctica²⁹⁹. Agregó que cuando haya unidad de sentido habrá una única conducta, porque la multiplicidad de tipos penales impide que se destruya esa unidad³⁰⁰ con la escisión en dos conductas, y también evita que se la interprete como dos delitos diferentes³⁰¹.

Continuó el voto afirmando que la Constitución Nacional repugna que se persiga o juzgue penalmente a una persona más de una vez por una única conducta (artículos 18 y 75, inciso 22, de la C.N. y artículo 14, párrafo 7°, del PIDCP), sin diferenciar si por el anterior juzgamiento se tuvieron en consideración todos los bienes jurídicos afectados por aquélla conducta o todas las calificaciones legales que resultaría posible atribuir a la misma.

Por esa razón entendió que la aplicación de la prohibición de la persecución penal múltiple implicaba que el imputado no podía ser sometido nuevamente a proceso por el hecho que se le imputaba en estas actuaciones.

Sostuvo asimismo que, si se tiene en consideración que la pauta de interpretación según la cual los delitos aludidos por las convenciones internacionales citadas³⁰² han de ser definidos, perseguidos, enjuiciados y

²⁹⁷Citado en el voto disidente: SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino. Tomo II*, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1951, p. 180/181.

²⁹⁸Citado en el voto: PESSOA, Nelson R.; *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 207.

²⁹⁹ Citado en el voto: JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4° edición, Comares-Granada, Granada, 1993, p. 651.

³⁰⁰Sobre este punto vale recordar la interpretación de la Dra. Ángela Ledesma en la causa “CUÑO, Alberto Raúl”, del 4 de mayo de 2005 (Reg. N° 336/05 de la Sala III de la C.N.C.P.). Uno de los puntos relevantes del voto fue el entendimiento de que “las resoluciones no recaen sobre las imputaciones sino sobre los hechos”. Su opinión apuntó a propiciar la unidad fáctica-delictiva del hecho, considerando determinante el *idem factum* y no el *idem crimen*, y por esa razón consideró afectado el principio constitucional de *ne bis in idem* en tanto la segunda denuncia se refería a los mismo hechos por los que el imputado había sido sobreseído.

³⁰¹Citado en el voto: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 822/3.

³⁰² Artículo 36, párrafo 4°, de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes establece: “...Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser

castigados por la legislación nacional de cada Estado parte, por sus reglas sobre la unidad y pluralidad de hechos (artículos 54 y ss. del Código Penal) y por el artículo 14, párrafo 7°, del PIDCP, entonces la prohibición como garantía fundamental queda expresamente establecida³⁰³.

Finalizó el voto manifestando que “permitir que el imputado sufra las consecuencias de un nuevo sometimiento a proceso por un hecho por el cual ya había sido objeto de una condena -que en el caso se vería agravada por el dictado de un auto de procesamiento con prisión preventiva-, se encontraba en contradicción manifiesta con la prohibición constitucional del *ne bis in idem*”³⁰⁴.

Con posterioridad a la apelación del procesamiento, la defensa interpuso una excepción de falta de acción por cosa juzgada, cuya apelación también llegó a los estrados de la Sala “B”. En este nuevo caso, la mayoría estuvo integrada por el doctor Hornos junto al doctor Hendler, integrante de la Sala “A” de esa Cámara. Los votos de ambos camaristas confirmaron el sobreseimiento dictado en primera instancia a favor de los imputados, del cual se había agraviado el Ministerio Público Fiscal, sin que su reclamo tuviera acogida favorable por la mayoría del Tribunal.

El doctor Hornos reprodujo los argumentos vertidos en la disidencia señalada *ut supra*; mientras que el doctor Hendler esgrimió los propios. Su criterio se fundó en que, aún en la hipótesis de que la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes tuviera el alcance que sostiene la agente fiscal (es decir que se encuentra vigente), igual sería inaplicable por encontrarse en pugna con el derecho a no ser juzgado por un delito por el cual ya hubo condena. Ese derecho está establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que tiene jerarquía constitucional. El rango normativo superior de ese tratado sobre otros no incluidos en la disposición constitucional mencionada, como es el caso de la convención de estupefacientes, ha sido señalado por autores de Derecho Constitucional e implica que el primero debe prevalecer³⁰⁵.

6) BENALI, Kader s/av. contrabando³⁰⁶

El agravio del defensor se refería a la calificación de concurso real de delitos establecida por el juez. Pero la Sala “A” entendió que el planteo del defensor

definidos, perseguido y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte”. Esta disposición se reitera en el artículo 3°, párrafo 11, de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes que establece: “...Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere (...) queda reservada al derecho interno de las Partes y que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho”.

³⁰³En su voto, el doctor Hornos, esgrimió un argumento que descartó el agravio del Fiscal así como las consideraciones de la mayoría que habían sugerido que la indicación incluida en la Convención de 1961, referida a que los delitos de exportación-importación cometidos en países distintos deben considerarse hechos diferentes. Con opinión contraria, el doctor Hornos señaló que esa cláusula no se incorporó a la Convención de Naciones Unidas sancionada posteriormente. Los párrafos siguientes explicaron las razones de la supresión de esa cláusula interpretativa, haciendo mérito de los debates de los expertos en la preparación del proyecto de la Convención de Naciones Unidas.

³⁰⁴CN Penal Económico, Sala “B”, “ULLIASSI, Martín N. s/inc. de apelación de procesamiento”, Registro 660/2006.

³⁰⁵ CN Penal Económico, Sala “B”, Registros Nros. 385/2007 y 389/2007.

³⁰⁶ CN Penal Económico, Sala “A”, Registro Nro. 158/1990.

estaba equivocado y que no se trataba de que la falsificación de documentos aduaneros concurriera con el contrabando agravado por la comisión de otro delito. El fallo, acertadamente, computó la falsificación para aplicar la circunstancia agravante específica, pero dio por absorbida la figura concurrente. El Tribunal aclaró que el juez había considerado como un concurso material de dos hechos independientes: por un lado que Benali haya ingresado al país con las sustancias que ocultó; y por el otro que luego haya intentado egresar con ellas. La consideración era equivocada y dio razón al agravio del defensor pese al planteo diverso. La unidad del propósito de Benali y la evidente dependencia entre uno y otro comportamiento descartan que quepa aplicar el artículo 55 del Código Penal. El plan del acusado era llevar la droga desde Sudamérica hacia España, por lo que su ingreso al territorio argentino llevaba implícito el inmediato egreso. La diferencia temporal –de uno para otro día–, obedecía a una circunstancial demora en la salida del vuelo. De no ser por ella el mismo día de su llegada al aeropuerto de Ezeiza habría partido nuevamente.

7) CABRERA FERRAZ, Juan s/contrabando de estupefacientes³⁰⁷

En este caso, dos imputados, detenidos en trance de abandonar el país, fueron llevados a presencia del juez para ser advertidos de los cargos en su contra por el intento de burlar el control aduanero con la exportación clandestina de sustancias estupefacientes en cantidad inequívoca destinada a la comercialización.

Con posterioridad y basándose en los dichos de la imputada Campos Romero –acerca de que las maletas las traían de Brasil desde donde habían emprendido el viaje con destino a Las Palmas–, la fiscal propició nuevas averiguaciones que motivaron la ampliación del auto de procesamiento dictado por el juez. El magistrado sostuvo que las imputaciones debían enunciarse entendiendo que se trataba de dos hechos diferentes: un engaño al control aduanero consumado al ingresar al país sustancias y un intento de engañar a dicha autoridad mediante la exportación de las mismas sustancias.

Los doctores Hendler y Repetto entendieron que la circunstancia de que los procesados fueran pasajeros recién llegados al país para abandonarlo en otro avión que se proponían abordar en el mismo aeropuerto con un intervalo de apenas tres horas, impedía considerar como hechos distintos el engaño al servicio aduanero que habría tenido lugar tanto en el control de entrada como en el de salida. Y más todavía, ambos acusadores han coincidido en que se trataba de un hecho único. La imputación referida al ingreso de las sustancias al país, eran innecesarias. Estaba implícito en la imputación referida al engaño verificado ante el control de salida que quedaban involucradas las circunstancias antecedentes de ese comportamiento.

Finalmente, y en lo que nos interesa, los camaristas concluyeron que la nueva instrucción dispuesta para ser indagados bajo cargos supuestamente diversos, implicaban reiterar la persecución por el hecho único y transgredía la norma

³⁰⁷ CN Penal Económico, Sala “A”, Registro Nro. 99/1996.

que prohíbe perseguir penalmente más de una vez por el mismo hecho (conf. artículo 1° del Código Penal).

8) MOYANO, María Elsa s/contrabando de estupefacientes³⁰⁸

El planteo del defensor recurrente se basó en que el imputado había sido juzgado y condenado ante los tribunales del reino de España por el mismo hecho por el que el *a quo* lo procesó en territorio nacional.

Lo resuelto se fundó en que el hecho por el que se dispuso el procesamiento era distinto de aquél por el que Ojeda había sido condenado. El *a quo* indicó que el intento de introducir sustancias estupefacientes en España era diferente al de haberlas extraído de nuestro país.

La sala “A”, esta vez con integración completa³⁰⁹, entendió que el transporte de las sustancias de un lugar a otro, aún cuando haya tenido lugar a través de fronteras internacionales y con ocultación a las respectivas autoridades de control aduanero, constituye un único hecho. Esa conclusión no varía por más que el hecho pueda ser encuadrado en distintas disposiciones legales o afecte los ordenamientos legales de distintos Estados.

En este precedente se precisó cuál era la Convención vigente, lo cual fue posteriormente reproducido en el caso “Cabrera”. La Sala entendió que las disposiciones de la Convención Única de 1961 en las que se menciona separadamente importación y exportación y se establece que la comisión del hecho en distintos países se considera delitos distintos, deben entenderse sustituidas por las de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, ratificada en nuestro país por la ley 24.072 en 1992. Esta última no reproduce la misma disposición, la que fue suprimida por entenderla equívoca y violatoria del principio *ne bis in idem*, tal como lo explica Petracchi en el voto disidente de “Arla Pita”.

De todos modos, aún de entenderse vigente la Convención de 1961, sus disposiciones dejan a salvo que los delitos a los que se refiere deben ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional (conf. artículo 36, numeral 4°), lo cual habilita la aplicación de las disposiciones del Código Penal que distinguen el hecho único y los hechos independientes (artículos 54 y ss.) y del artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación que prohíbe perseguir penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Por último, los magistrados rescataron la contundencia de la letra del artículo 14, numeral 7, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos suscripto en 1966, ratificado por ley 23.313 en 1986 y con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. Allí se dispuso que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

³⁰⁸ CN Penal Económico, Sala “A”, Registro N° 706/2003.

³⁰⁹ La sala estaba compuesta por los doctores Hendler, Repetto y Bonzón Rafart.

9) GARBIA, Emanuel Alejandro s/ infracción ley 22.415³¹⁰

En esta oportunidad se repiten algunos criterios vertidos por los camaristas de la Sala “A” en fallos anteriores. Aquí se trataba de un sobreseimiento apelado por el Ministerio Público Fiscal. La resolución del juez de primera instancia se fundó en la prohibición de perseguir penalmente a un individuo más de una vez por un mismo hecho, señalando que Emanuel A. Garbia se encontraba sometido a proceso ante un tribunal del Reino de España por el mismo suceso por el que el fiscal pretendía que sea detenido y escuchado en declaración indagatoria ante nuestros tribunales. En el recurso se sostenía que el imputado había incurrido en hechos diferentes, al embarcar sustancias que llevaba de contrabando, por un lado, y al desembarcarlas en el lugar de destino, por otro lado.

Por unanimidad se entendió que “el transporte de un lugar a otro, aún cuando haya tenido lugar a través de fronteras internacionales y con la ocultación a las respectivas autoridades aduaneras, constituía un hecho único; y esa conclusión no varía por más que el hecho se haya verificado en dos lugares distintos o pudiera tener distinta significación jurídica según las disposiciones legales de los Estados involucrados”.

El Tribunal reiteró el argumento según el cuál la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 –que consideraba como delitos distintos los hechos cometidos en diferentes países- debía entenderse sustituida por las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas de 1988. Esta última convención no reprodujo la misma disposición, la que fue suprimida por equívoca y violatoria del principio del *ne bis in idem*.

Pero lo novedoso del fallo fue la consideración que explica como “ley compleja alternativa” la circunstancia de que el delito de contrabando sea sancionado como importación y como exportación de estupefacientes y que, en realidad, las dos hipótesis concurren sólo aparentemente. Reforzando este argumento citaron las explicaciones de dos clásicos en la materia, Sebastián Soler y Ricardo Nuñez³¹¹, para quienes en este tipo de casos no hay concurso de hechos independientes ni tampoco concurso ideal de delitos. El propósito de una norma de esa índole es permitir la incriminación en forma indistinta de una u otra alternativa.

10) VELLEZ, Gonzalo Guillermo s/contrabando de estupefacientes³¹²

Por decisión de la mayoría se revocó el sobreseimiento de Vellez por cuanto no se había menoscabado el principio del *ne bis in idem*, tal como lo había considerado el juez de primera instancia para resolver del modo en que lo hizo. La resolución apelada por el representante del Ministerio Público se fundaba en que someter a proceso al imputado por el delito de contrabando de exportación de estupefacientes suponía una doble persecución penal pues aquél había sido condenado por la justicia de la República Portuguesa por el delito de tráfico de

³¹⁰ CN Penal Económico, Sala “A”, Registro N° 529/09.

³¹¹ SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, 1963, p. 178/9; NUÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires, 1960, p. 226/7.

³¹² CN Penal Económico, Sala “B”, Registro Nro. 291/09.

estupefacientes, hecho que se identifica penalmente con aquél por el cual se pretendía instar la acción penal en esta causa.

En el voto que da fundamento a la decisión final se indica que se trata de hechos distintos, que vulneraron bienes jurídicos diferentes, de titulares distintos, en territorios distintos y en distintas fechas, lo que impide considerar que se trata de una conducta única. Por el contrario, las conductas desarrolladas por Vellez pueden distinguirse entre el contrabando de exportación en territorio argentino, el 4 de enero de 2005, cuando abordó un vuelo y extrajo del territorio nacional la cocaína disimulada en el equipaje, y el arribo a la República Portuguesa para intentar ingresar la sustancia a ese territorio, lo cual sucedió el 5 de enero de 2005.

Los Dres. Grabivker y Pizzatelli entendieron que no se encontraba cumplida la identidad del objeto de persecución requerida para afirmar la afectación del *ne bis in idem*. Se revocó el sobreseimiento, con disidencia del Dr. Hornos.

La recopilación de los aportes jurisprudenciales me permiten reflexionar acerca de la necesidad y la urgencia de crear una cláusula expresa que reivindique el principio del *ne bis in idem* para los casos en que el mismo sujeto sea perseguido penalmente en jurisdicciones estatales diferentes por el mismo hecho. Hasta tanto esa creación no se produzca, será tarea de los tribunales acotar el poder punitivo de los Estados, haciendo valer las protecciones constitucionales que se desprenden de las legislaciones internas y de la interpretación de las convenciones internacionales.

XI e. Contrabando y otros delitos: un hecho, dos calificaciones y persecución penal múltiple.

En el marco de una investigación de contrabando, el riesgo del *bis in idem* se reanuda de cara a otros delitos. Quiero decir que el acusado de un hecho de contrabando también corre el riesgo de ser perseguido penalmente más de una vez cuando el hecho que se le atribuye encuentra encuadre legal en otros delitos que afectan otros bienes jurídicos distintos del control aduanero.

e.1) Contrabando y evasión tributaria

¿Qué interpretación cabe cuando una misma realidad fáctica es sancionada y/o perseguida separadamente según sea calificada como un hecho de contrabando en una jurisdicción y como un ilícito tributario en otra?

El Tribunal de Casación Penal discutió la aplicación del *ne bis in idem* en ese contexto, profundizando en las semejanzas y diferencias entre los bienes jurídicos protegidos por los delitos tributarios y por los delitos aduaneros.

Un fallo ejemplificador de la Sala IV³¹³ se expidió respecto de una operación comercial relacionada con la importación de automotores, que ya había sido juzgada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2. Los imputados

³¹³ CNCP, Sala IV, “M. F. y otro s/recurso de casación”, (causa 1378), del 9 de diciembre de 1999.

fueron sobreseídos en el juicio oral, al declararse extinguida la acción penal por satisfacción de la pretensión fiscal, conforme al artículo 14 de la ley 23.771.

Desde un principio la investigación estuvo a cargo del Juzgado Federal N° 1 de San Isidro, cuyo titular se declaró incompetente y remitió las actuaciones siguiendo las reglas de jurisdicción, de acuerdo a las norma penales transgredidas. Así envió el expediente al juez penal económico para que investigara la evasión tributaria, y a un juzgado federal de Concepción del Uruguay para que entendiera en el hecho de contrabando cometido en la Aduana de Gualeguaychú. En este último expediente los defensores plantearon la excepción de cosa juzgada, la cual fue rechazada en ambas instancias. El reclamo trascendió hasta llegar a la Cámara Nacional de Casación Penal³¹⁴.

Los defensores fundaron el recurso considerando que se pretendía juzgar por contrabando los mismos hechos por los que los imputados habían sido sentenciados al cabo de la investigación de la defraudación tributaria.

La defensa criticó la postura en base a la cual el *a quo* había rechazado la excepción de cosa juzgada. Los argumentos del juez de primera instancia de Concepción del Uruguay se basaron en que la evasión fiscal juzgada sucesivamente en San Isidro y en la Capital y el presunto contrabando que se investigaba en el expediente a su cargo, se habrían materializado a través de hechos plurales, independientes y escindibles entre sí, que vulneraban bienes jurídicos diferentes, por lo cual se justificaba la aplicación de las reglas del concurso real. Por el contrario, los recurrentes propiciaron la aplicación del concurso ideal, en tanto la maniobra de sustitución del importador podía quedar tipificada en ambas figuras.

Cabe recordar que la maniobra ilícita consistió en el ocultamiento desplegado durante la gestión de importación, haciendo figurar a los compradores del mercado interno como particulares importadores directos, a efectos de evadir el pago de los impuestos al valor agregado y a las ganancias³¹⁵.

Ya en instancias casatorias, la vocal que votó en primer término se inclinó por los argumentos defensistas, considerando que los hechos ya habían sido definitivamente resueltos y que por lo tanto la continuación del proceso en el juzgado de Concepción del Uruguay implicaba una abierta violación a la garantía que tutela al imputado contra la doble persecución penal.

La doctora Berraz de Vidal, sostuvo también que el hecho debió ser enteramente juzgado por la justicia en lo Penal Económico, revestida de competencia específica tanto en materia tributaria como aduanera, para agotar el hecho en todo su espectro jurídico penal. Nada hubiera impedido que se unificaran las pretensiones punitivas. En refuerzo de su voto transcribió algunas citas esclarecedoras: “Los efectos radicales de la cosa juzgada hacen que las sentencias firmes se conviertan en definitivas, aunque con posterioridad resulte

³¹⁴BONZON RAFART, Juan Carlos; *Importante fallo casatorio sobre el non bis in dem y el bien jurídico protegido por el derecho penal aduanero*, publicado en El Derecho, el 12 de junio de 2000.

³¹⁵Sobre este punto ver BONZON RAFART, Juan Carlos; *Polémicos procesamiento relacionados con el régimen de importación de automotores, su desnaturalización y eventual encuadre en la Ley Penal Tributaria*, publicado en El Derecho, 156-957.

que la decisión era equivocada en su aspecto fáctico o en su aspecto jurídico o que no agotaba totalmente el objeto del proceso sobre el que recaía. Pero la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso, como ocurriría sin la fuerza material de la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico humano prefiere el efecto preclusivo de la *res judicata* como mal menor, con tal que el tribunal del primer proceso hubiese podido esclarecer por completo el caso en su aspecto fáctico y jurídico³¹⁶. “La sentencia hecha irrevocable debe ser valorada no sólo en cuanto a lo que ella establece, sino también en cuanto a lo que habría podido establecer”³¹⁷.

Los vocales restantes adhirieron al primer voto, pero vale rescatar las consideraciones de Capolupo de Durañona y Vedia, señalando que las descripciones efectuadas por los tribunales que se expidieron en forma definitiva abarcaban la operatoria total llevada a cabo por los imputados, respecto de la importación de vehículos en los años 1992 y 1993, encontrándose frente a un hecho complejo, sobreseído en su totalidad, lo que impide que sus diversos fragmentos sean nuevamente juzgados, sobre todo si el primer proceso fue validamente efectuado y ante el juez que podía conocer el contenido total de la imputación, aún cuando el contenido fáctico de la imputación no haya sido agotado por la decisión jurisdiccional, siempre que haya podido agotarlo³¹⁸.

Por las razones expuestas de Tribunal de Casación decidió que el hecho debió haber sido juzgado completamente en el fuero penal económico de la capital, agotando el hecho en todo su espectro jurídico penal y el hecho de no hacerlo no justificaba la duplicidad que pretendía la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Paraná.

Por si quedaran dudas respecto a si la materia tributaria está excluida del contrabando por no guardar relación la defraudación fiscal con el control aduanero sobre el tráfico internacional de mercaderías que deben ejercer las aduanas, resultan útiles los argumentos que subyacen de la doctrina y la jurisprudencia nacional. Retomando lo dicho en el fallo “Legumbres” podríamos decir que las funciones a las que se refiere el artículo 863 del Código Aduanero son las especialmente previstas en el artículo 23 de ese ordenamiento referidas al control de las importaciones o exportaciones, de las cuales quedan excluidas las facultades de control que no se vinculan con el tráfico internacional de mercaderías. El razonamiento que avaló esta consideración fue que la simulación de algunas de las calidades del importador de los vehículos (en transgresión al artículo 864, inciso “b” del Código Aduanero) no afecta, en sí mismo, al bien jurídico protegido por el artículo 863 y, por lo tanto no pertenece a la órbita jurisdiccional de la Aduana.

Como vimos, ni la doctrina ni la jurisprudencia encuentran consenso en para interpretar el alcance del artículo 864, inciso “b” cuando refiere “...tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere...”. Por un lado, la tesis amplia considera que el término “fiscal” engloba tanto los tributos aduaneros como

³¹⁶BELING; *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Labor, 1943, p. 202.

³¹⁷ALOISI, Fino; *Manuale pratico di procedura penale*, Tomo I, Milano, p. 556

³¹⁸CLARIA OLMEDO, Carlos; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I., ps. 252/253.

cualquier otro tributo³¹⁹. Por el otro, quienes defienden la tesis restrictiva sostienen que esos términos –como otros utilizados en diversos artículos del C.A.- deben ser interpretados en relación exclusiva a los gravámenes aduaneros, por más que la indicación literal indique “al Fisco o al perjuicio fiscal”.

En respaldo a la primera postura, la jurisprudencia se pronunció afirmando que la finalidad de la maniobra de obtener un beneficio fiscal no se encuentra fuera de las funciones propias asignadas a la aduana³²⁰, pues el organismo actúa como agente de percepción. Ese control no se reduce al pago de los tributos aduaneros, por lo que no cabe distinguir estos últimos de los restantes, en tanto lo relevante es la burla del control mediante la desnaturalización del régimen de importación de automotores establecido en el decreto 2677/91 en función de la ley 21.932.

La opinión contraria entiende que representa un retroceso incluir dentro de la dimensión de contrabando a la materia tributaria aduanera³²¹. Por mi parte, coincido con quienes entienden que el concepto “perjuicio fiscal” (en el marco del régimen aduanero) no abarca los tributos o derechos cuya determinación se encuentre encomendada por ley a otro organismo (como por ejemplo D.G.I., I.N.T.A., Fondo de la Marina Mercante, etc.), salvo que la propia norma atribuya expresamente a la aduana el carácter de agente de retención de esos tributos³²².

Otras notas del fallo

Otro de los puntos polémicos del caso se relacionó con la determinación de si las maniobras que simulaban las condiciones de la importación de un vehículo para alcanzar una ventaja impositiva (fraude tributario) constituyeron también el delito de contrabando, por sustraerse ilegítimamente de la política de importación y exportación.

Pero lamentablemente el fallo no supo aprovechar la oportunidad para profundizar el encuadramiento tributario del ilícito imputado.

Comparto la idea de que la operatoria de simular como importadores directos a particulares que pretendían adquirir automotores en agencias radicadas en el país, configuraba –en el momento de la vigencia de la prohibición- la infracción tributaria de elusión fiscal, prevista y sancionada en aquél entonces por el artículo 46, inciso c) de la ley 11.683 (actual artículo 47, según texto ordenado de 1998).

Existen tres premisas básicas para hincar el análisis de un caso como este: 1) las personas, ya sean físicas o jurídicas, son libres de instrumentar sus

³¹⁹Esta tesis fue la que postuló el Dr. Tragant en la causa “Z., J. y otros s/contrabando” del 25 de marzo de 1998 de la Sala III de la C.N.C.P. (ED, 182-1382)

³²⁰Ver decreto 1076/92.

³²¹VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Un fallo interesante con respecto a la delimitación del delito de contrabando*, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 30 de junio de 1998.

³²²Sobre el tema vale traer a colación el trabajo publicado por BRONZOVIC, Ivana; *El perjuicio fiscal en el artículo 954 del Código Aduanero*, Revista de Estudio Aduanero N° 9, p. 61.

relaciones civiles de la manera que consideren más convenientes, utilizando incluso formas no previstas ni tipificadas por la ley; 2) las leyes tributarias toman muchas veces esas relaciones jurídicas como hechos impositivos generadores de obligaciones impositivas; 3) las formas instrumentales elegidas por las personas para regular sus relaciones jurídicas, no deben ser necesariamente observadas y tenidas en cuenta por el Fisco de tal manera, ya que éste, basándose en el principio de realidad económica, puede prescindir de tales formas y valorar el negocio jurídico, acto o contrato empíricamente³²³.

La elusión fiscal puede ser definida como el uso de formas jurídicas inadecuadas para los propósitos económicos de las personas, con el fin de eludir la obligación tributaria. Entonces ¿es elusión fiscal indicar como importador al comprador de un automóvil extranjero en el mercado interno? ¿Desnaturalizar el régimen automotor con el fin de evadir impuestos, configura delito tributario o infracción al Régimen Penal Tributario?

La respuesta nos conducirá a una nueva discusión: la aplicación de las reglas concursales entre normas penales e infraccionales tributarias.

Algunos juristas entienden que rige el artículo 54 del Código Penal y que esta concurrencia debe resolverse como un caso de concurso ideal o formal, en el que frente a una misma unidad delictiva se aplica la sanción penal mayor³²⁴.

Las nuevas tendencias doctrinarias³²⁵ sostienen que la solución a la concurrencia entre normas penales e infraccionales tributarias debe buscarse aplicando la teoría del llamado concurso aparente o impropio que, a diferencia del concurso ideal, excluye una de las normas en conflicto, en base a la aplicación de los principios de especialidad, consunción y/o subsidiaridad. La trascendencia de esta postura de vanguardia radica en el efecto revelador del “ardid” empleado para engañar al control aduanero.

La gravedad del engaño remite al esfuerzo que debió comprometer el control fiscal para detectar la maniobra evasiva. Si ese esfuerzo superó los hábitos de rutina, entonces estaremos en presencia de un delito. En cambio, si la maniobra fue fácilmente detectable gracias a los controles cotidianos de los agentes, estaremos frente a una infracción.

La circunstancia de que se considere afectado el principio de *ne bis in idem* cuando un mismo hecho es perseguido y/o sancionado como delito tributario y como delito aduanero, resulta conveniente para saber articular estrategias procesales de defensa, como por ejemplo solicitar la extinción de la acción

³²³BONZON RAFART, Juan Carlos; *La libertad contractual, el principio de la realidad económica y su relación con el derecho infraccional y penal tributario*, Revista Información Empresaria N° 255, de noviembre de 1993.

³²⁴GARCIA BELSUNCE, Horacio; *Régimen penal tributario. Concurso de sanciones*, Revista La Ley, del 20 de junio de 1990.

³²⁵En apoyo a la teoría iniciada por el doctor BONZON RAFART, Juan Carlos; *Triple encuadramiento legal de la defraudación fiscal*, ED, 158-866; *Retención indebida por parte de agentes de retención o percepción tributaria o previsional: ¿delito o infracción?*, Revista Información Empresaria N° 262, de octubre de 1995; *Diferenciación entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario*, ED, 187-1061; y *Debido control aduanero: bien jurídico protegido. Importante fallo de la Corte Suprema sobre el tema*, ED, 179-443.

penal por pago de la obligación tributaria (art. 16 de la ley 24.769) en vez de atravesar la investigación del delito aduanero para el cual no está prevista esa opción liberatoria³²⁶.

e. 2) Contrabando y transgresión al régimen penal cambiario

Para introducir el bien jurídico tutelado por el régimen penal cambiario resulta igual de abstracto que lo que ocurre con todos los bienes jurídicos resguardados por el Derecho Penal Económico.

Si bien, los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal aduanero (el “debido control aduanero”) y por el régimen penal tributario (la “hacienda pública nacional”) resultan ser bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o macrosociales, en el caso del bien jurídico tutelado por el régimen penal cambiario esta característica se exagera, ya que los doctrinarios resultan reticentes a definirlo o circunscribirlo y en el caso de intentar definirlo lo hacen con poca precisión.

El autor Ventura González considera que “las infracciones y delitos cambiarios afectan gravemente el estado económico social del país. Su tipificación y sanción tienden a proteger el valor de nuestra moneda y a asegurara la seriedad de las transacciones internacionales”³²⁷.

Parece ser que la principal función del BCRA, órgano de contralor de todas las operaciones cambiarias, es la de llevar adelante la política monetaria y cambiaria, promoviendo la liquidez, el buen funcionamiento del crédito y la conservación del valor de la moneda.

Frente a la reticencia de la doctrina para tratar el régimen penal cambiario, considero que el bien jurídico colectivo o macrosocial que más se adapta a este régimen es el valor de la moneda nacional, lo cual obliga a conservar y proteger la economía nacional con políticas monetarias y cambiarias.

En la exposición de motivos de la Ley 19.359 se destacó que el “fundamento del apartamiento de los principios penales comunes, obedece a la gravedad y trascendencia económico social que los delitos cambiarios importan para los intereses públicos y la magnitud de los perjuicios que de ellos se derivan”³²⁸.

Pues bien, este proceso se ha convertido en algo bastante habitual en las últimas décadas, ya que el régimen penal cambiario no es el único testimonio de este fenómeno que implica la distorsión de los principios rectores del derecho penal común.

La flexibilización o distorsión de los principios del derecho penal común, por parte del régimen penal cambiario, hacen que éste se encuentre claramente

³²⁶BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Tres flagelos económicos: contrabando, evasión y elusión tributaria*, ED, 186-1449.

³²⁷GONZALEZ VENTURA; *Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, p. 175.

³²⁸BONZON, Juan C.; *El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias*, La Ley 1990-C, p. 1114.

enmarcado dentro del fenómeno político criminal conocido como “panpenalismo” y que estas características especiales que presenta en la aplicación de su régimen punitivo se deben a que se encuentra inmersos en los discursos del “derecho penal de segunda velocidad” en función de un argumento preventivo aducido por el “derecho penal de emergencia”, que se instrumenta mediante la “administrativización del derecho penal”.

Por lo tanto, habiendo corroborado que el régimen penal cambiario es una clara manifestación del panpenalismo, es propicio dar por finalizado esta segunda etapa y dar paso a la tercera y última etapa que tiene por objeto el tratamiento y análisis crítico de la ley que instaura el régimen penal cambiario.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de caer en la persecución múltiple por investigar un hecho calificado *a priori* como contrabando de divisas y luego como infracción cambiario, diré primero que la jurisprudencia se encuentra dividida en relación a si el dinero es mercadería.

Quienes consideran que el dinero no es mercadería susceptible de importación o exportación, descartan que pueda configurarse el contrabando de divisas. Siguiendo esta línea, consideran que la introducción o extracción del territorio nacional de una cifra superior a diez mil dólares constituye una infracción cambiaria y proponen que la investigación del hecho quede a cargo de la autoridad administrativa encargada del control de cambios.

Sostienen que las funciones de control sobre importaciones y exportaciones son distintas de las que se refieren al control de cambios y no cualquier acto que afecte a la actividad estatal en materia de policía económica puede ser considerado contrabando. Los bienes jurídicos en función de los cuales se castiga el contrabando son distintos de los tutelados por el régimen penal cambiario. Interpretar que estos últimos se encuentran comprendidos entre los primeros, sería aplicar analógicamente una ley penal, lo que se encuentra vedado por el artículo 18 de la Constitución Nacional³²⁹.

Entonces no creo que la decisión de acordar la intervención de la autoridad administrativa encargada del control del mercado local de cambios (Banco Central de la República Argentina) transgreda el *ne bis in idem*, ya que no estaría dada la identidad de causa (*eadem causa petendi*) para lo cual debería tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso.

XII. NE BIS IN IDEM Y LAVADO DE ACTIVOS

XII a. Lavado de activos y fraude tributario

En esta oportunidad me referiré al problema de considerar al delito fiscal (comúnmente llamado delito de evasión tributaria o fraude al fisco), como fuente del crimen de legitimación de activos procedentes del delito

³²⁹ Fallos 312:1920 y CN Penal Económico, Sala “A”, Registros Nros. 269/05, 187/06, 667/08, 114/11, 194/11, 641/12, 629/13, entre otros

(denominado, simplemente, lavado, blanqueo o reciclado de activos/dinero). La decisión de incluir a los delitos fiscales como hechos previos al delito de blanqueo de capitales genera controversia en el mundo jurídico, político y de las relaciones internacionales. Asimismo, despierta la crítica e inquietud de autores, legisladores y cortes constitucionales de distintos países. El debate sobre ese tema tomó especial relevancia en el plano internacional a partir del 15 de febrero del 2012, cuando el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) publicó su última modificación a sus 40 recomendaciones, por las cuales sugirió a los países incluir a los crímenes fiscales como delito precedente o hecho previo al lavado de dinero.

En el ámbito del derecho (público) internacional, se suele distinguir entre normas *hard law*, o vinculantes, para los países que las suscriben (ejemplo: tratados o convenciones internacionales), y las normas *soft law*, o no vinculantes (ejemplo: los modelos de leyes o recomendaciones emitidas por el GAFI o la CICAD-OEC)³³⁰. Sin perjuicio de que las recomendaciones que emite el GAFI tienen carácter *soft law*, es decir, no obligan jurídicamente a los países que las suscriben, su impacto y relevancia en el desarrollo y diseño de los sistemas legales anti-lavado para cada jurisdicción resulta indudable. De hecho, los países miembros del GAFI (y los no miembros) que no ajusten su legislación interna a los estándares anti-lavado de las 40 recomendaciones, podrán ser tildados de países con deficiencias en materia anti-lavado (los que conforman las listas grises) o, peor aún, países no cooperantes (que conforman las listas negras), según el procedimiento estipulado en las Notas Interpretativas a la Recomendación 19 (países de riesgo) de las 40 recomendaciones³³¹.

En el plano doméstico el tema planteado también despierta inquietud entre la doctrina más calificada. Con distintos argumentos, hay quienes entienden que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de lavado de activos³³²; otros

³³⁰ Para más información sobre la naturaleza jurídica de las normas *hard law* y su diferencia con las *soft law*, ver: CHINKIN, C.; *Normative Development in International Legal Systems*, en D. Sheldon (editor); *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system* (Oxford University Press, Oxford 2000).

³³¹ Las sanciones contra los países van desde un simple llamado de atención, a la inclusión del país en las listas grises (países sujetos a un seguimiento intensivo), hasta tal inclusión en la llamada lista negra (países que directamente son declarados como no cooperantes, conocidos por sus siglas en inglés NCCTs). La incorporación de una jurisdicción a la lista gris o negra puede estar acompañada de un alerta del GAFI a la comunidad financiero y económico mundial, con el fin de que se preste especial atención a los negocios y transferencias de dinero que se realicen desde y hacia las jurisdicciones o países observados. Para más información sobre el procedimiento de la recomendación 19 del GAFI. Ver más en: www.fatf-gafi.org (último acceso, 9 de abril de 2013).

³³² DÍAZ, Vicente O.; *El sustrato del delito de lavado de dinero en sus antecedentes internacionales y sus pretendidas implicancias tributarias*, Periódico Económico Tributario del año 2001, p. 351; y, del mismo autor; *Aproximación primaria a las consecuencias penales y patrimoniales que se derivan de la ley de lavado de dinero y sus posibles implicancias tributarias*, Impuestos, 2000-B, 2331. En igual sentido, ver: GARCIA PRIETO, Horacio; *Represión del lavado de dinero y tributación*, trabajo presentado en el II Congreso de Derecho Tributario y Derecho Penal Tributario (Universidad Austral, Facultad de Derecho, 21 y 22 de noviembre de 2002); PAMPLIEGA, Ignacio M.; *Apuntes sobre lavado de dinero y delitos fiscales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007-I-87. Y, entre otros, CORNEJO COSTA, Emilio; *El lavado de dinero y la evasión tributaria*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, fasc. 5, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 795.

aceptan esa posibilidad³³³; y están finalmente, quienes admiten la inclusión de los delitos fiscales como hecho previo al delito de lavado de dinero, pero no en todos los casos³³⁴. El debate propuesto puede resultar aún más candente a partir de la última modificación al tipo penal de legitimación de activos procedentes del crimen, que mediante ley 26.683, del 17 de junio de 2011, pasó a penalizar lo que se denomina como autolavado (esto es, el reciclado de activos producto de la comisión de tus propios delitos)³³⁵. Entonces, a la luz del tipo penal previsto en el artículo 303, punto 1), del Código Penal argentino³³⁶, una persona podrá ser sometida a proceso criminal y condenada, tanto por la comisión del delito previo (ejemplo: delitos fiscales de la ley 24.769), como por su posterior y autónomo blanqueo de capitales.

¿Corresponde que los delitos tributarios sean la base o fuente del posterior delito de legitimación de los activos procedentes de tal delito fiscal? Además, en caso afirmativo: ¿se justifica la condena del autor o partícipe del delito fiscal (hecho previo) y su posterior delito de lavado de activos? ¿O tal cuestión afecta garantías fundamentales del derecho penal, tales como la del *ne bis in idem*?

La discusión se organiza del siguiente modo: primero explicaré el problema desde la órbita del derecho comparado internacional y doméstico; luego, abriré el debate jurídico mediante la confrontación entre las posiciones, argumentos y contraargumentos centrales que encierran el tema propuesto; éste resulta ser de gran actualidad, insisto, tanto en el plano internacional como nacional.

Análisis comparativo

Las convenciones internacionales no obligan a los países a incluir a los crímenes fiscales como delito previo al crimen de lavado de dinero. Tampoco existe consenso, en el marco de los tratados internacionales, sobre la conveniencia de penalizar el auto-lavado. Es decir, las convenciones dan libertad a los países para incluir tales cuestiones en su legislación penal anti-lavado. Por ejemplo, el artículo 6º 2) (b) de la Convención de las Naciones

³³³ DURRIEU, Roberto; *El lavado de dinero en la Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 127 y ss. Con diferentes ópticas comparte esta posición GENÉ, Gustavo E.; *Ley de lavado de activos de origen delictivo* (25.246). *Algunas consideraciones preliminares*, La Ley: 2000-D, p. 1246 y ss.

³³⁴ Ver SANCINETTI, Marcelo A.; *Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser 'hecho previo' del delito de lavado de dinero*, El Dial, Suplemento de Derecho Penal, año XI, el 14/07/2008). Este autor plantea como posible que el delito fiscal del art. 1º de la ley 24.769 sea hecho previo al delito de lavado de dinero, pero siempre y cuando el autor del delito de blanqueo no haya sido partícipe o autor del delito fiscal previo. Con otros argumentos, también se plantearon reparos y dudas en la opinión de la Comisión de Derecho Penal Tributaria de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, en 'La evasión fiscal y la ley 25.246 de encubrimiento y lavado de activos', *Anales de la AAEF*, 2000-2002, p. 139.

³³⁵ El término auto-lavador (en inglés, *self-laundering*) se asigna a la persona que cometió el delito previo del cual genera activos, y luego somete el derivado de sus propios crímenes al proceso de lavado de activos. Por el contrario, es lavado de dinero delegado en terceras personas (en inglés, *third party money laundering operation*), cuando la persona que cometió el delito previo resuelve delegar en terceros especialistas la función de reciclar o lavar los activos derivados de sus crímenes.

³³⁶ Según el artículo 303, punto 1), del Código Penal: "Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado [legal y regulado] bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, (...)".

Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional -conocida comúnmente como la Convención de Palermo- obliga a los Estados parte a criminalizar el blanqueo de capitales procedente de la más amplia gama de delitos graves, con inclusión, necesariamente, de los crímenes ligados a la delincuencia organizada (ejemplo: trata de personas, tráfico de armas, narcotráfico, etc.), pero sin incorporar a los delitos fiscales dentro de tal categoría. A su vez, el artículo 6º 2) (e) dice que los países podrán no penalizar el auto-lavado, en el caso que tal cuestión colisione con alguna garantía fundamental del Estado parte (ejemplo: lo que se reconoce como la garantía posterior co-penada, o bien el principio constitucional del *ne bis in idem*). Más recientemente, la Convención de Varsovia contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, del año 2005, ha tratado con mayor detalle el alcance de los delitos precedentes del lavado de dinero; en su apéndice ofrece una lista de veinte categorías de delitos previos. Sin embargo, dentro de esa lista no ha incluido a los delitos fiscales. A su vez, su artículo 9º 2) (b) repite la fórmula de la Convención de Palermo, al decir que los países podrán no penalizar el auto-lavado, si tal cuestión se contrapone con las garantías constitucionales de los Estados parte de la Convención.

En el ámbito de las normas *soft law*, la recomendación 1 de la versión del año 2003 de las 40 recomendaciones del GAFI, también sugirió la inclusión de una larga lista de delitos graves, como fuente del lavado de dinero; pero, nuevamente, se dejaron de lado a los delitos impositivos. Luego, en octubre de 2010, el GAFI anunció que estaba considerando incluir a los delitos fiscales como uno de los hechos precedentes, en los términos de la recomendación. Finalmente, con la nueva y última versión de las 40 recomendaciones de febrero de 2012, se extendió la lista de los delitos precedentes, con inclusión explícita, dentro de tal categoría, a los delitos fiscales. Así las cosas, y consecuentemente con las opciones o variantes expresas que otorgan los tratados internacionales y las 40 recomendaciones del GAFI, existen países que han optado por incluir a los delitos fiscales como delitos previos; otros países, en cambio, han negado tal posibilidad. Dentro de la primera categoría (es decir, los países que sí penalizan la legitimación de activos procedente de delitos tributarios) se encuentran: Argentina³³⁷, Austria, Bélgica, Brasil, Francia, Italia, Holanda, Alemania, Perú, Portugal, España y el Reino Unido. Por otra parte, dentro de la segunda categoría (es decir, países que no penalizan el reciclado de activos procedentes de delitos fiscales) encontramos a: Canadá, Chile, Japón, Luxemburgo, Rusia, Singapur, Estados Unidos, Uruguay y el Estado del Vaticano.

Pero más allá de las diferencias de criterio entre los países, se puede decir que la tendencia global parece inclinarse levemente a favor de la inclusión de los crímenes fiscales como previos al delito de blanqueo. En la fase inicial durante los '80, era clara la negativa generalizada de los países a incluir en el debate anti-lavado a los delitos de evasión fiscal o tributaria; ya que por aquel

³³⁷ Antes de sancionada la ley 26.683, el delito precedente, o hecho previo al delito de lavado de dinero, comprendía a cualquier delito penal, siempre y cuando el valor monetario de los activos sea superior a los AR\$ 50.000 (art. 278, inciso 1 "a", del Código Penal). A partir de junio de 2011 (última modificación de la ley 26.683), el tipo penal elevó el valor monetario del activo a AR\$ 300.000, y se mantiene la misma fórmula: el delito previo al de lavado de dinero puede incluir a cualquier delito, incluso, según nuestra opinión, a los delitos fiscales de la ley 24.769.

entonces el foco estaba puesto en el combate del tráfico de droga; y los controles anti-lavado eran considerados como un medio para alcanzar este objetivo. De hecho, la primera definición del delito de lavado de dinero, en el plano internacional, penalizaba el blanqueo, pero sólo proveniente de ilícitos penales ligados al tráfico de drogas (según art. 3. 1. de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y otras Sustancias Psicotrópicas, de 1988 -más conocida como Convención de Viena-)³³⁸.

Otro ejemplo en donde se observa expresamente la negativa de los países a incluir asuntos fiscales en la materia anti-lavado de dinero, surge del artículo 18 de la Convención de Estrasburgo de 1990, el cual estipula la posibilidad de que se deniegue la cooperación entre los Estados parte, cuando el requerimiento tenga que ver con un delito fiscal.

Luego de esta primera fase, y con el devenir del siglo XXI, varios países promovieron la tendencia de aceptar la inclusión de los delitos fiscales como fuente del lavado de dinero. La piedra angular en este cambio de posición, parece provenir de la Convención de Naciones Unidas de Palermo, contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). Dicha convención obliga a los países a penalizar el reciclado de activos proveniente de la más extensa gama de delitos graves. Siguiendo esta orientación, los gobiernos comenzaron a extender el ámbito de aplicación del delito de lavado de dinero, al incluir a los crímenes fiscales como fuente previa del blanqueo. Un ejemplo de esta tendencia se refleja en el caso de la legislación argentina, más precisamente en la modificación al sistema anti-lavado del año 2000 (ley 25.246). Esta ley, entre otras cosas, amplió el ámbito de los delitos precedentes para incluir, dentro de ellos, a cualquier tipo de delito, y deja de lado la distinción entre el blanqueo de activos proveniente de tal o cual delito. De ese modo, los activos derivados de la comisión del delito en general, puede ser la base del crimen de blanqueo -siempre y cuando el valor monetario del activo supere un monto determinado, que a partir de junio de 2011 es de \$300.000- (39). Entre otros ejemplos, también se destacan los casos de Brasil, Bosnia & Herzegovina, Croacia, México, Nigeria, Paraguay, Polonia y el Reino Unido, que en los últimos años han abandonado el modelo de listas cerradas, para adoptar fórmulas amplias que incluyen a los delitos fiscales como fuente del delito de blanqueo.

Cabe agregar que la tendencia universal a favor de criminalizar el proceso de blanqueo de activos producto de la comisión de delitos tributarios, se puede ver motivada con el reciente consenso de los países desarrollados de poner fin a la proliferación de los denominados paraísos fiscales (*tax haven countries*) y los centros *off-shore*. Esta es la voluntad recurrente expresada en las últimas reuniones del G-7, el G-20 y la OECD³³⁹.

³³⁸ Firmada en Viena el 19 de diciembre de 1988; entró en vigor el 11 de noviembre de 1990. Más de 185 países la firmaron y ratificaron la Convención; entre ellos, la Argentina mediante ley 24.072, del año 1992.

³³⁹ En las reuniones de presidentes de los países miembros del G-20, de septiembre de 2009 y de septiembre 2010, se dijo: “es el momento de avanzar en contra de los paraísos fiscales, el lavado de dinero, la corrupción y el financiamiento del terrorismo y los grupos criminales”. Para lograr ese objetivo, se instruyó al GAFI que elaborar una lista anual de países de alto riesgo (conocida como lista gris o de *high-risk countries*), y otra de países no cooperativos (conocida como lista negra o de países NCCT’s).

A favor y en contra de incluir el delito fiscal como hecho previo al delito de lavado dinero

A pesar de la incipiente tendencia global a favor de incluir a los delitos fiscales en el debate anti-lavado, aún existen autores, cortes constitucionales y legislaciones de muchos países que se oponen a esa tendencia. A continuación expongo cuatro puntos de vista:

a) Hay quienes consideran que los delitos fiscales no son asimilables a otros ilícitos penales, ligados a la criminalidad organizada más experimentada y transnacional (ejemplo: trata de personas, narcotráfico, etc.), que sí deberían ser incluidos como base del delito de blanqueo. Los defensores de esta posición suelen decir que el orden internacional que previene y reprime el lavado de dinero fue creado como una defensa frente al crimen organizado —a través de la penalización de las operaciones de blanqueo de capitales— y no para perseguir y castigar a los agentes con obligaciones fiscales. En esta línea, se suele decir que el objetivo principal de la Convención de Palermo es el de promover la cooperación en la prevención y lucha contra el crimen transnacional organizado de manera más efectiva (art. 1º), y no para prevenir y procesar a los posibles autores de delitos fiscales. Dentro de ese razonamiento, esta posición concluye que los delitos de evasión fiscal deberían ser dejados de lado del sistema legal supranacional anti-lavado de dinero³⁴⁰. Sin embargo, considero que este primer razonamiento resulta errado, pues no existen motivos fundados para sostener que el crimen organizado o cualquier tipo de asociación delictiva (mafias, terrorismo), no cometen delitos impositivos (delito previo) para financiar sus actividades criminales, a través de la posterior reinversión de sus activos en la economía formal y regulada (delito de lavado de dinero). De hecho, reportes internacionales confeccionados por la Comunidad Europea, dan cuenta de que, en más de una ocasión, la delincuencia organizada defraudó al fisco y, con posterioridad, invirtió parte de los activos criminales generados en negocios comerciales, con miras a consolidar su poder económico en la legalidad y con impunidad³⁴¹. En base a lo expuesto, entiendo que la posición de despenalizar el lavado de activos derivados de delitos fiscales es peligrosa, ya que podría alentar a la criminalidad organizada a utilizar las referidas vías de financiamiento para continuar consolidando su poderío económico, dentro del mercado legal y regulado de los países. Esto implicaría que continúen en su actividad de dañar el bien jurídico que debe proteger el delito autónomo de lavado de activos: la libre competencia y transparencia del sistema socio-económico de cada país,

Ver: G-20, Progress report on the actions to promote financial regulatory reform (Reporte, 2009).

³⁴⁰ Este debate y argumentación emerge de: GARCIA PRIETO, Horacio; *ob. cit.*; y DIAZ, Vicente O., *ob. cit.*

³⁴¹ Este razonamiento lo expresa muy claramente el Plan de acción contra el crimen organizado del Grupo de alto nivel contra la delincuencia organizada, ratificado por el Consejo Europeo de Amsterdam, el 16 y 17 de junio de 1997. En su recomendación 29, el Grupo alentó al desarrollo de una legislación que combata el crimen organizado vinculado al fraude impositivo y recomendó que los delitos fiscales relacionados con el crimen organizado fuesen tratados como cualquier otro tipo de delito organizado, y más allá de que la normativa tributaria contenga reglas específicas, en cuanto al recupero de activos de la evasión fiscal. Para mayor información ver: Consejo Europeo de Amsterdam, 'Action Plan on Organized Crime of the High Level Group on Organized Crime endorsed by the Amsterdam European Council on 16 to 17 June 1997' (OJ, C 251, 156, agosto de 1997).

que se ve afectado seriamente con la integración e inversión de activos procedentes del crimen en el mercado formal.

b) Otro argumento, ligado al anterior, consiste en resaltar la naturaleza jurídica de los delitos fiscales que, según esta posición, es bien distinta a la de los delitos particularmente graves y adquisitivos (*acquisitive crimes*), que sí deben ser admitidos como previos al delito de blanqueo (ejemplo: narcotráfico, trata de personas, etc.). Según Manuelle Gely, por ejemplo, una importante diferencia entre los delitos fiscales y otra clase de delitos previos al blanqueo, radica en que los ingresos de la evasión fiscal pueden provenir de actividades legales, mientras que el tipo penal del lavado de dinero requiere que los capitales blanqueados sean derivados de un delito³⁴². Al seguir a Gely se advierte que una persona que recibe un ingreso, producto de una actividad legal (ejemplo: el médico que atiende a un enfermo), pero no lo declara a las autoridades fiscales y por lo tanto se ahorra de pagar los impuestos correspondientes, ha realizado una actividad legítima, pero ha ocultado sus ingresos; se trata de una circunstancia que no puede representar la fuente del blanqueo, pues el dinero, en ese caso, proviene de una actividad legal. Con argumentos similares, esta posición es compartida en nuestro país por autores como García Prieto, Pampliega y Cornejo Costa. No obstante, esta última posición es marcadamente incorrecta, principalmente por dos motivos. En primer lugar, es necesario destacar que la postura de Gely es bastante confusa en cuanto al significado que le da al proceso denominado lavado de dinero. Esto se debe a que presenta su ejemplo como un componente más en la historia del delito precedente, como si el proceso de lavado de dinero fuera una parte *sine qua non*, contemporánea y necesaria de los hechos que originaron los activos. Pero, en realidad, el lavado de dinero es un proceso nuevo e independiente del delito previo (y del mero ocultamiento de los activos), a través del cual se reinvierten, integran, disfrutan, controlan o ahorran activos derivados del crimen en el mercado legal y regulado, con el fin de transformar los bienes criminales en activos supuestamente derivados de ingresos adquiridos legítimamente. El lavado de dinero no es la simple posesión u ocultación de los activos procedentes del crimen, sino que su significado y daño al sistema socio-económico ocurre cuando el dinero sucio se reinvierte o integra en el mercado formal. En segundo lugar, en su ejemplo Gely no logra distinguir una razón lógica por la cual habría de considerarse que aquellas sumas evadidas provengan indefectiblemente de actividades legales, y no de un delito (fiscal). El monto que evade una persona que tiene un ingreso legal, pero que no lo declara al fisco, puede constituir el producto de un delito impositivo -al asumir, por supuesto, que tal omisión al pago de impuestos se encuentra tipificada como violación al régimen penal tributario en la jurisdicción donde se produce la evasión-. Entonces, dentro de esta hipótesis, resulta evidente que el monto evadido no es el producto de una actividad legal, tal como lo expone Manuelle Gely. Por el contrario, lo que sucede en el ejemplo descrito por Gely es la comisión de un delito contra los ingresos del fisco (delito fiscal) y a través de dicho delito adquisitivo se genera un beneficio económico. Si el dinero derivado de tal delito fiscal se somete a un proceso de blanqueo de capitales, la única conclusión lógica es que se ha perfeccionado el delito de

³⁴² GELY, M.; *Tax offences: The hidden face of money laundering?*, Kluwer Law International, Intertax, vol. 31, número 10, 2003.

lavado de activos provenientes de un delito impositivo. Es claro que el tipo penal del lavado de dinero exige que los activos blanqueados provengan de la comisión de un delito, pero igual de claro es que el delito de evasión tributaria o fraude al fisco, resulta ser un delito, un delito doloso, y por el cual el autor puede quedar sujeto a la pérdida de su libertad. Específicamente, un delito impositivo puede ser calificado como un tipo penal especial o agravado de la estafa donde la víctima resulta ser directamente el fisco. Parece claro, entonces, que este tipo de delito adquisitivo puede ser, perfectamente, la fuente del posterior delito de blanqueo de capitales. Y, además, a los efectos de calificar a los delitos precedentes al delito autónomo de lavado de dinero, parece indistinto que las ganancias sometidas al blanqueo provengan de una defraudación fiscal o de cualquier otro delito adquisitivo, tal como una estafa, narcotráfico, secuestro extorsivo, trata de personas, etc. Lo cierto es que en varias ocasiones resulta difícil para el juzgador divisar y distinguir entre los activos que provienen de meras faltas impositivas (ejemplo: la simple omisión de presentar declaraciones juradas) y los activos derivados de delitos fiscales (ejemplo: el del art. 1º de la ley 24.769). La dificultad de cualquier juzgador en distinguir entre los activos sometidos a un proceso de blanqueo que provengan de una simple evasión tributaria (infracción) y los que provengan de una defraudación tributaria (delito) parece clara si tenemos en cuenta que ambas conductas previas terminan por afectar patrimonialmente al fisco. Entonces se podría decir que tanto la evasión fiscal como el delito de evasión tributaria son males similares: ambos dañan los intereses patrimoniales del fisco local. Sin embargo, la distinción fundamental entre ambas conductas consiste en que la mera evasión impositiva (sin ardid o engaño) es una falta administrativa por la cual el infractor se ve obligado a pagar multas, entre otras sanciones no penales; mientras que el fraude fiscal es un delito por el cual se atribuye responsabilidad penal y se imponen sanciones punitivas, tales como la prisión. En este sentido, se podría decir que la diferencia clave, entre la evasión impositiva y el fraude fiscal, radica en que el primero se lleva a cabo a través del simple ocultamiento o la mera ausencia de declarar los activos al fisco; mientras que la segunda requiere que se desplieguen artificios o maniobras disimuladoras de la realidad realmente aptas para burlar al fisco³⁴³. El concepto del engaño, ocultación maliciosa o ardid doloso, es central al momento de dividir las aguas entre la simple evasión fiscal administrativa y el delito de evasión fiscal. En consecuencia, es preciso trazar una línea divisoria entre actividades no punibles (esto es, el blanqueo derivado de la evasión fiscal), y otras sí punibles (esto es, el blanqueo derivado del delito de evasión fiscal). No caben dudas que el delito de lavado de dinero exige que los activos sometidos al proceso de blanqueo deriven del crimen, y no abarca a los activos provenientes de faltas fiscales, administrativas o aduaneras. Entonces, resulta evidente que las ganancias derivadas de la imputación contable errónea, la omisión de declaración de bienes y ganancias, o la mera falta de cooperación con el fisco, entre otras faltas administrativas-fiscales, no pueden calificar de activos derivados del delito, según los términos del delito de lavado de dinero del artículo 303, punto 1), del Código Penal. En esta línea de pensamiento, Luis

³⁴³ CNCP, Sala I, Reg. 12.350, causa 9388, “Gerold, Walter A., s/recurso de casación” del 24/7/2008; Reg. 19.723, “Pluspetrol S.A. s/Recurso de Casación” del 8/9/2011: ‘Aunque a diferencia del fraude de la estafa del art. 172 C.P. no se requiere que el fisco realice ningún acto jurídico de disposición patrimonial, nada indica que esos términos deban ser despojados de su connotación necesaria de ardid o engaño’.

Flavio Gomes sostiene que debería existir una diferencia entre lo que se suele denominar como dinero negro y dinero sucio o mal habido. Según este autor, el dinero negro es aquel cuya propiedad se deriva de la evasión fiscal, mientras que el dinero sucio (*dirty money*) es el que proviene de una actividad criminal³⁴⁴. Por lo tanto, el blanqueo de dinero negro no resultaría una conducta punible en ningún país del mundo, por cuanto el delito (internacional) de lavado de dinero exige que los activos provengan siempre de ilícitos penales. Probablemente, la confusión entre la utilización de los términos evasión impositiva y delitos fiscales sea una de las principales razones por las que ciertos académicos, como Manuelle Gely, creen que las ganancias de los delitos fiscales puedan tener su origen en actividades legales, lo cual es, como ya explicamos, una afirmación incorrecta e ilógica. Ciertamente, comentaristas de ambos bandos del debate han contribuido a esta confusión, mediante el empleo de los términos evasión impositiva y delitos fiscales (o delitos de evasión tributaria) como si se tratara de sinónimos. Ello da lugar a una confusión general en el análisis del tema propuesto. Esta confusión en el uso de las expresiones mencionadas aparece incluso en algunos reportes internacionales, notas periodísticas y denuncias penales de la unidad anti-lavado nacional (UIF). De más está decir que las personas y autoridades son libres de utilizar las palabras del modo en que ellas quieran, pero siempre que definan los términos que invocan.

c) Un tercer argumento de quienes prefieren evitar la inclusión de delitos impositivos como hechos previos tiene que ver con la idea de que los instrumentos internacionales se deben mantener al margen de los temas impositivos o tributarios; esta idea se basa sobre un concepto tradicional de soberanía, según el cual los Estados son competidores entre sí, dado que sus intereses económicos y fiscales se encuentran en permanente conflicto. Esta posición, de corte tradicionalista, sostiene que las cuestiones impositivas deben quedar fuera del derecho público internacional y permite a ciertos Estados proteger sus intereses fiscales, aduaneros y económicos. Este argumento, sin embargo, termina siendo débil, dado que el debate planteado no gira en torno a los intereses fiscales o económicos de los países, sino que se relaciona con la inclusión -o no- de ciertos delitos graves como precedentes al delito de lavado de dinero, tanto a nivel local como internacional. Al respecto, no se debe olvidar que los delitos fiscales consisten generalmente en delitos dolosos, que afectan valores jurídicos indispensables para la vida en sociedad, tales como el deber a no defraudar o burlar a la agencia fiscal. A su vez, también debe tenerse presente que el delito de reciclado de activos debe ser visto como un crimen autónomo de cualquier otro (incluso, por ejemplo, del delito previo al de blanqueo o del delito de encubrimiento), pues protege valores jurídicos esencialmente independientes, como el de la justa competencia y transparencia del sistema socio-económico. El delito de reciclado de activos debe ser visto como un crimen de resultado (no de peligro), que afecta sensiblemente el sistema socio-económico cuando activos procedentes de un delito (ejemplo: delitos fiscales) se integran e invierten en el sistema económico

³⁴⁴ GOMES, Luis F.; *El lavado de activos en el derecho penal brasileño*, en YACOBUCCI, Guillermo; *El crimen organizado*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p 346.

formal, cuando activos procedentes de una fuente criminal “A”, se transforman para aparecer como activos derivados de una fuente legal “B”³⁴⁵.

d) Algunos autores y legislaciones han planteado la posibilidad de criminalizar y condenar el blanqueo de capitales provenientes de delitos fiscales, pero sólo cuando el autor del delito de blanqueo no haya intervenido en el hecho previo. Al respecto, algunos países como Alemania, Austria, China e Italia, han resuelto que no corresponde penalizar el auto-lavado, entre otros motivos, porque la pena por el hecho previo ya contiene un juicio de reproche por la acción de aprovechamiento posterior, contenida en el disvalor del delito de origen. Por eso, para esta posición, una cuestión central consiste en determinar que el sujeto procesado, o condenado, por el delito de lavado, no haya intervenido en la comisión del hecho previo -el delito tributario-. Esta posición pretende preservar el privilegio que tiene el imputado a ocultar o transformar los activos producto de sus delitos como parte de su derecho a no declarar contra sí mismo (en latín, el *post factum delicti*), o bien, para salvaguardar principios fundamentales del derecho penal, tales como el *ne bis in ídem*³⁴⁶. Sin embargo, debo decir que existe una confusión conceptual en esta argumentación. El proceso de lavado de dinero no forma parte del delito previo, ni tampoco se trata de una conducta continuadora y necesaria del delito previo. La persona que comete un fraude fiscal acumula activos derivados de tal defraudación, y el producto de esto puede ser reintegrado o reinvertido, en el mercado financiero o económico formal y regulado, con afectación, así, de un segundo y distinto bien jurídico: el sistema socio-económico, que es independiente del bien jurídico protegido por el delito previo (en nuestro análisis, el delito fiscal o tributario, que daña el patrimonio fiscal). Parece claro, entonces, que una cosa es la comisión del delito previo (delitos fiscales) y otra muy distinta el proceso autónomo y posterior de reciclado o reinversión de los activos derivados de tal delito en el mercado formal y regulado. Se trata de dos conductas independientes, que violan bienes jurídicos también distintos. Esto significa, a su vez, que la garantía del *ne bis in ídem* no se ve afectada, ya que, desde esta perspectiva, el Estado procesaría o condenaría a una persona, pero por la comisión de dos delitos, uno independiente del otro. El delito previo, por un lado, y su posterior y extemporáneo delito autónomo de lavado de dinero.

También debe quedar claro que el delito de lavado de dinero es diferente, en su naturaleza jurídica, al delito de encubrimiento. El tipo penal del encubrimiento tipifica conductas que no superan la etapa de pre-lavado, o mero ocultamiento de activos, mientras que el delito de lavado de dinero criminaliza el resultado del proceso completo y autónomo de reciclado que concluye con la reinversión de los activos ocultos en negocios comerciales legales y regulados. Por ejemplo, quien defraudó al fisco en un millón de dólares y entregó el botín a una persona, para que lo esconda en el garaje de su casa (simple encubrimiento); seguramente no invertirá el producto de la estafa en la economía legal o formal, conductas que deben incluir el delito autónomo de blanqueo de capitales. Esto lleva a la conclusión de que el llamado privilegio

³⁴⁵ Sobre este debate, ver: DURRIEU, Roberto; *Rethinking money laundering & financing of terrorism in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, USA 2013, capítulo 3.

³⁴⁶ Esta discusión emerge en: MARTEAU, Juan Félix; *¿Se puede castigar el lavado de dinero?*, nota del 28/6/2008, en Cronista.com; o bien en: SANCINETTI, Marcelo A., *ob. cit.*

del delincuente de ocultar o transformar, el producido de su delito (el ya citado *post factum delicti*) no tienen cabida en el contexto del crimen autónomo de blanqueo. Esto es así, por cuanto sí una persona comete un segundo delito, como resultado lejano del primero (ejemplo: el violador que luego amenaza a la víctima, en el juicio de violación), afecta dos valores jurídicos independientes, que justifican condenas criminales separadas.

Reflexión

He destacado la tendencia global actual en pos de la ampliación del ámbito de aplicación de los delitos precedentes al delito de blanqueo, tanto en los instrumentos internacionales vinculantes, como en los no vinculantes. Esta tendencia parece reflejar la voluntad de la comunidad internacional de procesar y condenar el lavado de activos provenientes de diversas clases de delitos, entre los cuales se encuentran los delitos fiscales. Además, concluí que la investigación, procesamiento y condena por la comisión del delito previo (crímenes fiscales) y su posterior e independiente proceso de lavado de dinero, parece factible; pero siempre y cuando quede claro para el juzgador que la operación financiera o económica sometida a investigación trajo como resultado la afectación grave y directa de los bienes jurídicos que debe proteger el delito fiscal (el patrimonio del fisco) y el delito de lavado de dinero (el sistema socio-económico). Esta aclaración resulta importante, ya que la misión esencial del Estado no es otra que la de procesar o condenar conductas que afecten o dañen bienes jurídicos de relevancia para la sociedad y el individuo. Esta premisa constituye un límite crucial para el *ius puniendi* del Estado.

XII b. Lavado de activos y contrabando de dinero

Es fundamental comenzar este capítulo destacando que la doctrina y la jurisprudencia penal económica se encuentran divididas³⁴⁷. Quienes descartan que el dinero es mercadería, consideran que no se incurre en el delito de contrabando cuando “lo que” se oculta al control aduanero es moneda extranjera por una cifra superior a diez mil dólares. En cambio, quienes sostienen que las divisas son mercadería abren el juego al riesgo del *ne bis in idem*.

Pero esta discusión no es el tema de este trabajo, así que dejo de lado esa polémica y retomo la problemática que plantea la segunda posición: el peligro de multiplicar la persecución penal cuando se investiga un hecho que puede resultar un delito de contrabando de dinero y/o un delito de lavado de activos.

³⁴⁷Una y otra opinión están plasmadas en los precedentes de la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico: Registros Nros.260/05, 187/06, 445708, entre otros). Actualmente este tribunal resuelve la cuestión por mayoría de los Dres. Hendler y Repetto -con la disidencia del Dr. Bonzón- argumentando que el dinero no puede ser objeto de contrabando, en tanto se trata de valores representativos de la moneda nacional y no así de mercaderías. En cambio, la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, sostiene que el dinero extranjero es mercadería y, por ende, susceptible de ser objeto de contrabando. Conf. : CFCP, Sala III, causa 12.071, Reg. 1160/10, “Juárez, Denisse Nayelys s/rec. de casación”, del 11/8/10; CFCP, Sala IV, causa 14.959, Reg. 653.4, “Ikei, Miguel Ángel s/rec. de casación, del 6/5/13; CFCP, Sala IV, causa 15.161, Reg. 546.4, “Quintana, Teodoro y otra s/rec. De casación, del 25/4/13.

Continúo el enfoque con la siguiente distinción, no es lo mismo la acción de ocultar mercaderías (dinero) a fin de sustraerlas del control aduanero que la acción de convertir, transferir, administrar, vender, gravar o aplicar dinero proveniente de un delito con la consecuencia posible de que ese bien (dinero) adquiera la apariencia de origen lícito, o la acción del que recibe ese dinero con el fin de hacerlo aplicar en una operación que le dé apariencia posible de origen lícito.

La incriminación del contrabando tiene un fundamento económico y persigue esencialmente la protección de normas establecidas por razones de orden público dentro de las cuales se encuentran las funciones aduaneras que regulan los gravámenes o fundan la existencia de restricciones a la importación y a la exportación. Lo determinante para su punición es, precisamente, el acto tendiente a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas relativas al control sobre importaciones y exportaciones.

Por su parte, el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita³⁴⁸. Esa actividad puede definirse como el procedimiento tendiente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas lícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad³⁴⁹.

Si bien es cierto que del estudio de las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema se han extraído dos enfoques predominantes –aquellos que consideran que el blanqueo se basa en la mera ocultación de los bienes de ilícita procedencia y los que mantienen que lo fundamental en el blanqueo es la reintroducción de esos bienes en la economía legal-³⁵⁰; una razonable interpretación conduce a considerar que estas operaciones no solo tienden a ocultar o a encubrir el origen ilícito de los bienes o el dinero³⁵¹, sino a hacer aparecer como lícito el producto de operaciones delictivas, enmarcadas bajo actividades comerciales, empresariales y financieras, perfectamente disimuladas como lícitas.

El análisis de ambos comportamientos conduce a imputaciones con objetos diversos, que habrían acaecido en espacios temporales diferentes, pues la receptación del dinero, obviamente, es previa y hasta en lugares distintos³⁵².

³⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidro; *El delito de blanqueo de capitales*; Pamplona, Aranzadi, 1997, p.101.

³⁴⁹ CAPARROS, Fabián; *El delito de blanqueo de capitales*; Madrid, Colex, 1998, p. 115.

³⁵⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos; *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2000, p. 32.

³⁵¹ DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 540.

³⁵² GONELLA, Carlos y LUCIANI, Diego; *El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del ne bis in idem*. Artículo on line publicado el 25/07/2013 por Thomson Reuters: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/25/07/2013/doctrina-del-dia-el-delito-tributario-y-el-lavado-de-activos>

No puede afirmarse que nos encontramos ante un acontecimiento unitario, sino que se trata de hechos diversos.

En base a esto, descarto –en principio- la aplicación de un concurso aparente, en el que un tipo penal primario desplaza a otro secundario -ya sea por especialidad, subsidiariedad o consunción-, como así también un concurso ideal, en el que existe una única acción con entidad para lesionar una pluralidad de leyes penales, que sí quebraría el principio *ne bis in idem*, dado que se trataría de una imputación única o idéntica.

Por el contrario, entiendo que se trata de un caso en el cual concurren hechos independientes entre sí, con pluralidad de afectaciones penales -esto es: un concurso real o material (art. 55 CP), que no afecta la regla constitucional que estoy estudiando.

No modifica lo expuesto la circunstancia de que al momento de prestar declaración indagatoria sobre el hecho de contrabando al imputado no se le haya preguntado específicamente sobre el origen del dinero secuestrado y sobre su capacidad económica para justificarlo.

Si posteriormente se lo procesa por contrabando y el fiscal requiere la elevación a juicio por ese hecho³⁵³, el juez puede ordenar la extracción de testimonios de las partes pertinentes del expediente para que se investigue la posible comisión del delito de lavado de activos (art. 278 del CP) si es que la persecución por ese hecho no se encuentra agotada.

La importancia de un precedente

La Cámara de Casación revocó parcialmente una condena, en la parte que ordenó extraer testimonios para la investigación de una posible comisión del delito de lavado de activos. El Tribunal aplicó la regla del *ne bis in idem*, al entender que como el fiscal de la causa no había acusado por el delito mencionado, la investigación importaría un doble juzgamiento.

El fallo pertenece a la causa “J.J. s/ Recurso de Casación”³⁵⁴, y fue dictado por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Raúl Madueño, Eduardo Riggi y Luis María Cabral.

El expediente llegó a conocimiento de la Cámara luego de un recurso de casación e inconstitucionalidad presentado por la defensa técnica de una mujer, que había sido condenada como autora del delito de contrabando, en

³⁵³ La acusación contenida en la requisitoria fiscal es la base del juicio por la que se fija definitivamente la persona que debe ser sometida al mismo y el hecho acerca del cual debe versar el debate. En la etapa del plenario no se podría juzgar la supuesta acción de lavado de activos si no hubo acusación por ese hecho. De lo contrario, se hubiese vulnerado el principio de congruencia. Vale recordar que el principio de congruencia impide juzgar por fuera de los hechos descriptos en la acusación y que, si bien los jueces tienen libertad de precisar las figuras delictivas que juzgan con exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio. Por tal razón, se ha definido el principio de congruencia como la debida identidad entre el hecho imputado en el acto de la indagatoria, el que fue materia de acusación, el que dispone la elevación a juicio, el que fue materia de acusación y el que fue recreado en la sentencia.

³⁵⁴ Jiménez, Jancy s/ recurso de casación, causa 14.725 de Sala I de la CNCP, Reg. 20.393, del 19/11/12.

grado de tentativa. Junto a esta decisión el juez ordenó extraer testimonios de la causa para que se investigue la posible comisión del delito de lavado de activos.

El recurrente había señalado que el delito de contrabando era inexistente, por que el dinero que se le había secuestrado no era “mercadería” para importar y exportar. Además la defensa destacó que la orden de investigar el delito de lavado de activos importaría violar la prohibición de doble juzgamiento, ya que el requerimiento de elevación a juicio era sólo por el delito de contrabando.

En primer término, los jueces compartieron la tesis de que el dinero es mercadería a los efectos aduaneros, y por lo tanto, debía ser clasificado arancelariamente. Por lo que el agravio en este aspecto se consideró infundado.

Sin embargo el Tribunal consideró que asistía razón al recurrente en cuanto a que la orden de investigar el delito previsto en el art. 278 del Código Penal implicaría una lesión al principio *ne bis in idem*. Ya que “al momento de requerir la elevación a juicio la Sra. Agente fiscal nada dijo respecto del delito de lavado de activos, limitando la calificación legal al delito de contrabando”.

La Sala resaltó que “el llamado *ne bis in idem* es una garantía individual que prohíbe una doble persecución judicial por un mismo hecho, y amén de encontrar su fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tiene consagración legal en la parte final del artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación que prescribe que nadie podrá ser ‘...perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho’ ”.

La regla mencionada, “impide al realización de cualquier acto en el proceso que implique imputarle a una persona hechos que ya fueron objeto de una investigación judicial y que culminaron con el dictado de una condena, una absolucón o un sobreseimiento definitivo”.

Asimismo, en el pronunciamiento, se mencionó que el principio no solo impide una nueva sanción al mismo hecho, sino que prohíbe “la exposición al riesgo de que ello ocurra”.

Concluyó el fallo que “la omisión por parte de la fiscalía de acusar y del Tribunal Oral de hacer concursar las figuras de mención, estando dadas todas las condiciones para hacerlo, no puede ser saneada con una nueva investigación sin vulnerar la garantía del *ne bis in idem*, en la medida en que ésta no se refiere a las calificaciones jurídicas sino a hechos que guardan las tres identidades requeridas (de persona, de causa y de objeto) y que, en estos autos, se encuentran reunidas”.

Reflexión

El Tribunal Oral no podría haber juzgado una conducta diferente a la de la acusación, esto es: “intentar burlar los controles aduaneros al pretender ingresar dinero sin haber sido declarado debidamente”, pues ello hubiera

implicado una variación sustancial del marco fáctico capaz de vulnerar el principio de inviolabilidad de defensa contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, dado que la defensa no hubiera podido resistir la acusación, en virtud de la sorpresa que hubiera significado para ella la nueva imputación³⁵⁵.

En cambio, lo resuelto en el caso “Jiménez” por el Tribunal de Casación implicó, a mi entender, una desacertada interpretación de los alcances de la garantía del *ne bis in ídem*, que vedó la posibilidad de conocer el verdadero origen de los fondos que Jiménez tenía en su poder cuando intentó burlar en nuestro país los controles aduaneros.

Este tipo de interpretaciones por parte de la jurisprudencia es uno de los motivos por el que el tipo penal del art. 278 del CP tuvo durante su vigencia un mero efecto simbólico, si se considera la escasa o nula aplicación concreta y las exiguas condenas por este delito.

Como indiqué anteriormente, nuestro país es integrante del GAFI desde el año 2000 y ha asumido el compromiso de mejorar continuamente las políticas nacionales para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, como así los mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Este compromiso viene dado, además, porque nuestro país incorporó al derecho interno diversos instrumentos internacionales de relevancia en la materia, como son:

- a- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscripta en Viena el 19 de diciembre de 1988 –aprobada por ley nacional 24.072-, que constituye piedra angular en materia internacional con relación a la prevención y represión del lavado de dinero, pues sus bases cimentaron en gran parte de las legislaciones internas de cada Estado en ese aspecto;
- b- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incorporado por ley 26.024;
- c- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo de 2000, incorporada con la ley 25.632.

Fue precisamente en este marco de compromisos internacionales –asumidos en forma voluntaria-, que el 22 de junio de 2010 la Presidenta de la Nación envió al Honorable Congreso de la Nación el Proyecto de ley mediante el cual se propiciara, entre otras cuestiones, la reforma del tipo penal sobre lavado de activos previsto en el art. 278 del CP.

En esta misma línea, al reanudarse las sesiones parlamentarias del año 2011, exhortó a los legisladores a la pronta sanción de la ley de lavado de dinero exigida por el GAFI, con el fin de que el “Poder Legislativo y la jurisprudencia argentina pudieran tener una actuación mucho más activa de la que han tenido hasta ahora en materia de lavado...”³⁵⁶.

³⁵⁵ CNCP, Sala II; “Torres, Jorge H.”, 23/09/2002, La Ley 2003-C, 387, Sup. Penal 2003 (abril), p. 38

³⁵⁶ Ver página web de la Presidencia de la Nación: www.caserosada.gov.ar

Finalmente, el proyecto —con algunas modificaciones— fue sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el día 04/05/2011 y en la Cámara de Senadores de la Nación el 01/06/2011, dando lugar a la creación de la ley 26.683³⁵⁷.

De esta manera se derogó el art. 278 del CP y se creó un nuevo título en el Código Penal denominado “Delitos contra el Orden Económico y Financiero”, incorporándose dentro de él un nuevo tipo penal de lavado de dinero, acorde a los estándares internacionales, brindando una herramienta penal apta para hacer frente a esta grave modalidad delictiva.

Es que la realidad criminológica, caracterizada por la existencia de una poderosa criminalidad organizada que utiliza el sistema económico y financiero legal para reciclar las ganancias del dinero ilícitamente obtenido, venía demandando la regulación penal de conductas que van mucho más allá de la afectación a la administración pública.

La actividad de reciclar el dinero ya dejó de ser un problema de un país en particular, ya que sus consecuencias se verifican transnacionalmente. Las organizaciones delictivas que lo generan hacen sentir el efecto de su accionar convirtiendo a numerosas economías, especialmente las emergentes, en cada vez más dependientes de esos capitales ilícitos, en tanto que las más desarrolladas llegan incluso a ver conmovidos diversos sectores, como por ejemplo, el financiero. La globalización de la economía también ha producido la globalización de las actitudes delictivas³⁵⁸.

Más precisamente, diversas legislaciones en el ámbito internacional se han volcado a la búsqueda de una efectiva lucha contra esta modalidad delictiva, pues la globalización de la economía beneficia a las organizaciones que se dedican a dicha faena dada la rapidez con que se puede trasladar el capital ilícito dentro de un mercado mundial.

En definitiva, la transnacionalidad de esta actividad y sus derivaciones pueden colocar en jaque no solo a la economía y al sistema financiero de un país en especial, sino también de toda una región. Es por eso que se imponía analizar la cuestión bajo la óptica señalada, más aún cuando en la actualidad la inmensa mayoría de los países han formado bloques económicos y nuestra nación no se encuentra ajena a esta realidad.

El camino trazado desde el Poder Ejecutivo y plasmado por el Legislativo fue seguido por la Procuradora General de La Nación, quien recientemente creó la Procaduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC)³⁵⁹, integrada por personal especializado que tiene por fin investigar delitos vinculados al lavado de dinero y a la financiación del terrorismo, fraude

³⁵⁷ Promulgada el 17/06/2011 y publicada en el BO el 21/06/2011.

³⁵⁸ PÉREZ LAMELA, Héctor D. y REARTES, Roberto; *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 13.

³⁵⁹ Mediante Resolución PGN N° 914/2012.

económico y bancario, mercado de capitales, delitos tributarios y contrabando, delitos contra la administración pública y concursos y quiebras.

Es de esperar que todos los Poderes del Estado se sumen a estas iniciativas, pues el blanqueo de capitales no es una actividad ajena y aislada de la acción de criminalidad organizada, sino que, por el contrario, forma parte de este fenómeno complejo y constituye un eslabón fundamental en la cadena de acciones criminales desplegadas.

Atacar el poder económico de las organizaciones delictivas, impedirles gozar del producto de sus actividades y frenar los efectos nefastos de la economía delictiva en los engranajes de la economía legal constituye una estrategia básica para debilitar el poder de estas grandes asociaciones delictivas.

En síntesis, el blanqueo de dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Por eso se impone un esfuerzo mancomunado tendiente a poner fin a estas prácticas tan corrosivas para nuestra sociedad.

XIII. CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo como objetivo abordar algunos enfoques problemáticos que emergen del principio de *ne bis in idem* en los delitos económicos. La idea original fue ofrecer herramientas para resolver cuestiones prácticas y cotidianas de los tribunales nacionales competentes en la materia.

En las primeras páginas de la tesina expliqué que escribiría de cara al riesgo de que el acusado de un delito económico sea juzgado más de una vez, quedando expuesto al peligro de recibir más de una sanción por el mismo hecho (o a la posibilidad de recibir segunda sanción).

Señalé también que escribiría para explicar si el acusado puede recibir condena penal y sanción administrativa a la vez si los hechos que originan las respectivas persecuciones resultan ser los mismos.

Asimismo, mencioné que el análisis apuntaría a determinar si el imputado puede recibir dos condenas penales por la distinta calificación legal de su conducta, y a responder si el mismo hecho puede habilitar juzgamientos en jurisdicciones estatales diferentes cuando los hechos cometidos en cada territorio responden al curso natural de un comportamiento delictivo único.

Finalmente llegó el momento de concluir “donde está la magia del *ne bis in idem*” y en qué casos se trata de una regla o de una excepción a ella.

Juzgar sucesivamente lo que ya se realizó, desafiando la suerte jurídica por segunda vez, no es aceptable para controlar el comportamiento ciudadano. El *ne bis in idem* no puede ceder ante el fin implícito del derecho penal económico: resguardar la recaudación.

No puede aceptarse que la inflación punitiva (o panpenalismo), justificada desde “el derecho penal de emergencia” y “la administrativización del derecho penal”, relaje a tal extremo los derechos constitucionales que protegen al ciudadano del poder avasallante del Estado.

La regla del *ne bis in idem* dice que sobre un mismo acontecimiento histórico, subsumible en uno o en varios tipos penales, no puede existir para el acusado más de una consecuencia penal. Así, sólo puede haber una única persecución estatal y una única condena por un mismo hecho. El principio apunta a impedirle al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga intentos repetidos de perseguir para condenar a un ciudadano por un supuesto delito, sometiénolo a molestias, gastos, humillaciones que lo estancan en un estado de ansiedad e inseguridad.

El principio *ne bis in idem* deriva del artículo 18 de la Constitución Nacional, según el cual nadie puede ser penado sin juicio previo y este juicio es uno y único, no puede repetirse. Pero la omisión de establecerlo expresamente fatiga a la jurisprudencia y a la doctrina para reconocerlo y delinear su contorno.

El principio de *ne bis in idem* extiende la protección del ciudadano frente a las sanciones penales y a las administrativas y no sólo prohíbe la doble persecución en el interior del ordenamiento penal y administrativo, sino que prohíbe también las persecuciones sancionatorias que resulten de la coexistencia de ambos ordenamientos, ya que son expresiones del mismo *ius puniendi estatal*. El Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes, es un solo ente que puede sancionar y perseguir una vez a la misma persona, por el mismo hecho y con la misma razón.

Me interesa resaltar las ideas más relevantes de la tesina:

Poder estatal sancionador y alcances del *ne bis in idem*

1. El ordenamiento jurídico atribuye poderes sancionadores con el objeto de garantizar su propio mantenimiento y con la finalidad de reprimir conductas contrarias al orden. Ese poder se atribuye a la potestad sancionadora penal y a la potestad sancionadora administrativa.
2. El poder sancionador del Estado es único y la división entre la potestad de la Administración y la potestad del Poder Judicial responde a una cuestión funcional.
3. La unidad ontológica entre delito-infracción y entre pena-sanción administrativa, justifica la extensión de las garantías penales constitucionales al derecho administrativo sancionador.
4. El *ius puniendi* es la potestad o poder que posee el Estado para monopolizar la represión, este poder no es totalitario, sino que se hace en respeto de los derechos humanos y las garantías constitucionales.
5. El legislador decide la protección de un bien jurídico a través del derecho penal y/o derecho administrativo sancionador, en función a criterios de política criminal como la relevancia del bien jurídico, la gravedad de la

- conducta que se pretende sancionar y la eficacia que se busca en la persecución de dichas conductas, entre otros.
6. En caso de concurrencia normativa sancionadora de un mismo hecho, con identidad de bienes jurídicos protegidos, el principio *ne bis in idem* obliga a aplicar una sola sanción.
 7. Si el único hecho afecta a bienes jurídicos protegidos por dos normas diferentes, nada impide la doble sanción; el *ne bis in idem* no entra en pugna cuando se trata de sanciones penales y administrativas.
 8. La jurisprudencia de la CSJN interpreta que el *ne bis in idem* puede ser planteado desde que se abre un nuevo proceso sin que tener que esperar la sentencia. Las postulaciones más sólidamente fundadas y de actual aplicación son las de los casos “Mattei”, “Plaza” y “Polack”. En cuanto a su alcance, la Corte enunció:
 - *el carácter garantizador del principio y su origen en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos;
 - *su reconocimiento implícito en la Constitución Nacional como garantía no enumerada;
 - *su incorporación de manera expresa por la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 75 de la Constitución Nacional;
 - *su extensión a los casos de nuevo proceso, aún antes de que haya una segunda sentencia (doble persecución);
 - *la necesidad de verificar las tres identidades (sujeto, objeto y causa) para aplicar la prohibición de la persecución múltiple;
 - *y la indicación de que la duplicidad prohibitiva es la que concierne al hecho no a las tipificaciones legales.
 9. Si se conocen nuevos hechos, el archivo de las actuaciones no impide reabrir una nueva investigación, en tanto los nuevos elementos probatorios no hayan sido conocidos anteriormente por el acusador.
 10. El poder sancionador de la Administración no es autónomo, sino limitado y susceptible de control jurisdiccional.
 11. Las decisiones que tomen los funcionarios públicos, serán revisables a través de un proceso judicial contencioso administrativo. Por su parte, la jurisdicción no puede intervenir en un procedimiento administrativo sancionador, sino hasta que haya concluido o se impugne judicialmente alguna actuación de la administración.
 12. El *ne bis in idem* procesal es distinto a la cosa juzgada -que es una consecuencia normativa atribuida a las resoluciones judiciales- y a la cosa decidida -que es una consecuencia normativa de las decisiones administrativas-. El *ne bis in idem* prohíbe la multiplicación de persecuciones administrativas, judiciales y administrativas-judiciales paralelas, y se relaciona con los límites al poder de quien va a tener atribuciones privilegiadas frente al administrado o procesado: el Estado.

La exigencia de las identidades

1. La protección contra la doble persecución opera cuando se trata de la misma persona, entendida como centro de imputación de derechos y obligaciones (conf. artículo 31 del Código Civil).
2. La protección constitucional se extiende a favor de personas físicas y jurídicas.

3. La persona perseguida por segunda vez debe estar imputada por su participación criminal. La imputación puede provenir del auto de procesamiento, de la citación, de la detención o de cualquier otro acto procesal que lo indique como partícipe de un delito.
4. Las personas jurídicas y las personas físicas son entidades normativamente diferentes y corresponde que sean tratadas diferencialmente por las autoridades.
5. La aplicación del *ne bis i idem* impide perseguir a una persona por el mismo delito, por el mismo hecho. Se entiende que el hecho es un acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento determinado. La posibilidad de subsumir el hecho en distintos conceptos jurídicos no afecta la regla.
6. La identidad del objeto prescinde de cualquier valoración jurídica del hecho.
7. No es necesario que se trate de un hecho verificado, sino tan sólo atribuible como existente.
8. La identidad de la causa es más compleja que las anteriores por cuanto no se trata de comparar el caso anterior con el actual, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla del *ne bis in idem* y advertir los permisos que el ordenamiento jurídico confiere para perseguir más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho.
9. La identidad de la causa de persecución se refiere al mismo motivo de persecución, que no es igual que decir “el mismo bien jurídico”. No cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto. En cambio, si los motivos para perseguir y castigar son diferentes, como sucede entre los tipos penales y las infracciones administrativas, se admite la doble sanción.
10. Si el mismo hecho afecta a dos bienes jurídicos diferentes, seguramente también difieran las causas para sancionarlo, lo cual habilita una segunda persecución. Pero también puede suceder que el hecho afecte a un bien jurídico único pero que, por el contenido su injusto, existan dos razones para sancionarlo, lo cual también habilita la segunda persecución.
11. La identidad de causa produce un efecto preclusivo y presupone que el proceso terminado agotó jurídicamente el caso. El tribunal con jurisdicción y competencia suficientes, debe haber podido consumir el objeto procesal completamente y agotar el caso íntegro en su totalidad. El objeto del proceso debe haber sido examinado, no sólo a través de la calificación jurídica recogida en la sentencia, sino en toda su extensión y aspectos en que pudo hacerlo jurídicamente el tribunal que conoció del asunto.
12. Si el proceso se agotó con una decisión sobre el fondo que examinó la pretensión en todos sus aspectos fácticos y jurídicos, no se puede perseguir nuevamente por el mismo hecho por más que haya mediado abuso o error por parte del juez.
13. A pesar de que exista identidad personal y de objeto en dos o más procesos distintos, es posible la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas no haya podido examinar la imputación (‘el mismo hecho’),

objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos, por ejemplo, la falta de competencia del tribunal.

Generalidades sobre la doble jurisdicción penal-administrativa

1. Si el funcionario administrativo advierte la comisión de un delito en el sumario a su cargo, debe notificar al fiscal para que ejerza la acción penal.
2. Si el órgano judicial conoce primero y dicta sentencia condenatoria, no se puede sancionar nuevamente ese hecho en sede administrativa, ya que la decisión judicial expresa el disvalor total del injusto cometido.
3. Si la sentencia en sede penal es absolutoria el procedimiento administrativo puede continuar únicamente respecto de los hechos que el órgano judicial penal haya considerado como probados, de modo que si en la actuación jurisdiccional se declaró la inexistencia del hecho o la no participación del sujeto, no será posible la continuación del expediente administrativo en esa dirección.
4. Si primero se impone la sanción administrativa queda vedada la posibilidad del juez de pronunciarse (luego) sobre el mismo ilícito (*ne bis in idem* material). En este caso se deja de lado la preferencia del órgano judicial penal si la infracción ya fue sancionada por la autoridad administrativa.
5. La instancia administrativa está subordinada a la instancia penal, de modo tal que una absolución en el ámbito penal sólo admitirá la decisión administrativa cuando hubiera quedado una falta residual, como por ejemplo la omisión formal.
6. Si en sede judicial, mientras se investiga un presunto delito, se descartan los indicios para indagar sobre esa calificación, pero se detectan otros que permiten encuadrarlo en una posible infracción, entonces se dicta una resolución remisorio y se remiten las actuaciones a la sede administrativa.
7. Si bien un mismo hecho no puede tener una pena administrativa y otra pena criminal, es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al *ne bis in idem*. Esta interpretación respeta la esencia del principio y preserva la constitucionalidad de las normas administrativas y penales.

Alcances del *ne bis in idem* en el derecho internacional

1. La expresión estándar de *ne bis in idem* que se desprende de los documentos internacionales se limita a estimular el funcionamiento de la protección en situaciones intranacionales. El alcance del *ne bis in idem* está reducido a la órbita nacional y afecta a una sola unidad jurisdiccional.
2. La disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no consagra una obligación para los Estados de respetar esta garantía entre sí, sino solamente dentro del ámbito de su jurisdicción. La mayoría de los Estados no están dispuestos a ceder su soberanía ni a

desprenderse de la facultad de perseguir penalmente los crímenes intraestatales.

3. Algunos convenios regulan la posibilidad de que un Estado se niegue a colaborar con un procedimiento que implique doble persecución. En materia de extradición suele establecerse la improcedencia cuando el pedido se refiere al mismo hecho por el cual el individuo reclamado ha sido juzgado, condenado o absuelto en el país requerido.
4. Todavía no existe una regla del *ne bis in idem* en el derecho internacional público consuetudinario que ilumine esta cuestión y se trata de una discusión política más que jurídica. Es prioritario elaborar un enfoque horizontal sobre el *ne bis in idem* en los instrumentos sobre el reconocimiento mutuo.

El *ne bis in idem* en la ley penal tributaria

Cosa juzgada y prejudicialidad

1. La prejudicialidad tiene la función de determinar la existencia o no del hecho imponible, independientemente de la sede que lo juzgue. No hay un “hecho imponible penal” y un “hecho imponible administrativo”. Existe un único hecho imponible y la declaración de su existencia o inexistencia en sede penal es vinculante para la jurisdicción administrativa.

Inconstitucionalidad art. 17 ley 24.769

1. Si bien la Corte Suprema de Justicia sostiene la naturaleza penal de las sanciones previstas en la ley 11.683, no se pronunció todavía acerca de la validez de las normas que posibilitan la aplicación de penas en sede administrativa con posterioridad a la condena por alguno de los delitos de la ley 24.769.
2. El sistema vigente da lugar a la superposición de lo dispuesto en las leyes 24.769 y 11.683 admitiendo que en sede administrativa se apliquen sanciones por hechos que ya fueron condenados, absueltos o sobreseídos por un juez penal.
3. Prohibir la doble persecución penal no tiene que ver con la sede en que los procesos tuvieron lugar ni el cuerpo normativo en que se encontraban previstas las conductas punibles. Lo único que debe considerarse es la misma naturaleza penal de las sanciones que resultarían aplicables.
4. El *ne bis in idem* desbarata la multiplicación de persecuciones penales, pero la acumulación de sanciones penales como resultado de una persecución penal en un único proceso no se encuentra alcanzada por esa prohibición.
5. El artículo 17 de la ley 24.679 puede significar una ilegal imputación duplicada por un solo hecho que constituye un solo acto típico, con lo cual la pretensión de doble juzgamiento y doble condena es inconstitucional por violar el principio de *ne bis in idem*.
6. Una posible solución sería que la ley penal tributaria establezca penas de prisión y multas para los delitos ya tipificados en la misma y de tipos culposos correspondientes a esos mismos delitos; de este modo se

evitaría el reproche de inconstitucionalidad por violación al principio de *ne bis in idem*.

7. Otra solución sería reformar la ley y establecer la posibilidad de que ante el juzgamiento de un delito, el juez penal imponga sanción administrativa junto con la sanción penal (Ej: art. 46 de la ley 11.683). Esto podría realizarse de acuerdo a lo previsto en el art. 22 *bis* del Código Penal, aunque con las limitaciones cuantitativas que esta norma impone.

Distintos tributos: hecho único o hechos diferentes

1. Cada uno de los impuestos evadidos son hechos diferentes (iva, ganancias, aportes previsionales, contribuciones a la seguridad social, etc.).
2. Los incumplimientos mensuales del iva configuran un delito continuado anual, de conformidad con en el artículo 1° de la ley 24.769. Lo importante es el monto de la condición objetiva de punibilidad.
3. Las evasiones anuales son hechos independientes con momentos consumativos distintos y con plazos de prescripción que corren por separado. Cuando las evasiones anuales son sucesivas habrá concurso de delitos, pero las penas podrán unificarse (delito continuado).
4. Si las evasiones están separadas temporariamente, habrá hechos independientes sin vinculación y las penas podrán acumularse, ya que no podría entenderse que todas las evasiones respondieron a la misma voluntad delictual.
5. En el caso que se compruebe el delito continuado, las evasiones que lo integran no podrán volver a perseguirse como delitos independientes.
6. Habrá interrupción de la prescripción cuando haya recaído sentencia firme sobre el hecho de evasión interruptivo. Sólo en esas condiciones puede admitirse que el juzgamiento hizo cosa juzgada.
7. La persecución penal de un delito de evasión continuada impide que posteriormente sea investigado algún otro período que hubiera integrado aquella continuación delictual si había sido incluido en la denuncia originaria.

Delito continuado

1. La segunda persecución del mismo imputado, por hechos en continuación aparecidos posteriormente a la firmeza de la sentencia condenatoria o absolutoria, atenta contra el principio del *ne bis in idem* porque la sentencia causa estado y entonces toda nueva acción precluye. La primera sentencia hace cosa juzgada.
2. La persecución penal en el delito continuado agota todas las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el primer proceso. Es decir que si se descubren nuevos hechos, dependientes del hecho principal que ya fue juzgado, no puede perseguírseles. En caso de hacerlo se incurre en *bis in idem* y se altera el debido proceso.
3. Esa posibilidad puede admitirse mientras la primera persecución no se haya resuelto definitivamente y las normas de procedimiento permitan

incorporar otros hechos al proceso único, con la finalidad de resolver sobre toda la plataforma fáctica.

El *ne bis in idem* en el régimen penal aduanero

1. El Código Aduanero se estructura en base a la doble clasificación: por un lado los delitos que prevén sanción privativa de la libertad y, por el otro las infracciones sancionadas pecuniariamente.
2. El artículo 860 determina que las disposiciones penales rigen respecto de los hechos que en el mismo cuerpo legal se reputan como delitos e infracciones.
3. La diferencia entre delitos e infracciones aduaneras es de carácter legal. Puede inferirse que el Código Aduanero asimila la infracción a un hecho culposos, como por ejemplo la inobservancia de ciertas formalidades. Sin embargo, es necesario verificar la participación del autor para evitar atribuciones objetivas de responsabilidad.
4. Delitos e infracciones son ilícitos, pero el legislador los distingue por la entidad del daño que pueden causar cada uno de ellos, en base a lo cual acomoda la severidad de la pena.
5. Tanto los delitos como las infracciones aduaneras pueden ser intencionales o culposas, ya que necesariamente contienen el ingrediente subjetivo (dolo o culpa), encontrando su diferencia en la forma en que impidan o dificulten el control aduanero sobre las importaciones o las exportaciones. La modalidad está íntimamente relacionada con la magnitud de la afectación al bien jurídico tutelado.

Doble calificación:

Encubrimiento de contrabando y tenencia injustificada de mercaderías

1. El delito de encubrimiento de contrabando y infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera son hechos diferentes. Ambas figuras pueden configurar un concurso real, en tanto el encubrimiento de contrabando afecta el debido control aduanero y la tenencia injustificada de mercadería extranjera con fines comerciales afecta la lealtad de la competencia comercial.
2. Para diferenciar la tenencia no justificada de mercaderías de la recepción sospechosa después de consumado el contrabando, se hace hincapié en la existencia del delito de contrabando preexistente.
3. Para calificar un hecho como encubrimiento de contrabando la comprobación del delito preexistente –el contrabando– es más exigente que para el encubrimiento del derecho penal común.
4. No todo tenedor de mercadería foránea en infracción es encubridor. Para tipificar el delito de encubrimiento se exige un dolo específico, es decir el conocimiento de que proviene de un contrabando. No basta la presunción en abstracto, debe probarse, al menos con indicios concordantes y conducentes.
5. Si se encuentra mercadería extranjera en cantidades y por valores importantes, sin documentación comercial ni aduanera habilitante, se presume que proviene de un contrabando.

6. La infracción de tener mercaderías sin justificar supone su ingreso antirreglamentario, sin categoría delictiva, a menos que existan indicios del delito de contrabando. El “ingreso antirreglamentario” se refiere a la violación de alguno de los deberes inherentes al régimen, destinación u operación, o cualquier otra irregularidad que afecte su libramiento.
7. Si la transgresión previa está individualizada y su tenencia está contemplada como infracción a los artículos 966, 971 y 982, estas ilicitudes desplazan por especialidad a la de los artículos 985, 986 y 987. Por lo que la tenencia injustificada tiene como hecho precedente un ingreso o libramiento antirreglamentario residual, que podría encuadrarse en el artículo 995 del Código Aduanero.
8. Si la mercadería proviene de un delito, su tenencia no puede dar lugar a la infracción, sino que se daría el presupuesto delictivo de encubrimiento de contrabando (tenencia delictiva).
9. La gravedad del delito engloba a la infracción y por aplicación del artículo 913 del Código Aduanero se impondrán las penas previstas para el delito.
10. El delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercaderías son hechos diferentes, lo que implica:
 - *si las dos investigaciones se producen contemporáneamente, concurren bajo las reglas del artículo 914 del Código Aduanero, acumulándose las sanciones previstas para cada una de las transgresiones. En este caso, la autoridad administrativa mantendrá la jurisdicción para pronunciarse respecto de la infracción aduanera, mientras que la autoridad judicial la conservará para decidir sobre la imputación delictiva. No obstante esa autonomía, el juez penal podría asumir la investigación de ambos hechos, en base a las reglas de competencia y al principio de economía procesal. Sería lo más conveniente para evitar decisiones contradictorias y escandalosas.
 - *si las actuaciones judiciales y administrativas son labradas en forma sucesiva, la sanción que recaiga en alguno de los procedimientos no tendrá ninguna incidencia sobre la sanción del otro. Esto sucederá así siempre que, por un lado, se pruebe -o se presuma fuertemente- el origen foráneo de la mercadería encubierta y, por el otro, se comprueben los fines comerciales con que se tiene la mercadería extranjera.
11. Tratándose de “hechos distintos”, el *ne bis in idem* no corre peligro si se verifican las circunstancias que fundan esa diferencia (conf. artículo 874, párrafo 1°, y artículos 985, 986 y 987 del Código Aduanero).

Contrabando documentado y declaración inexacta

1. No todas las inexactitudes declaradas hacen variar la base imponible para el pago de los tributos aduaneros, el logro de estímulos a la importación o de beneficios arancelarios.
2. Simular la calidad de importador del documentante no afecta las funciones propias de la Aduana, ya que no posibilita la introducción de mercadería prohibida o restringida a la importación. En un caso así no existe contrabando porque no hubo afectación del control aduanero.

3. Cuando el dolo recibe respaldo documental o de otra índole, asume entidad para dificultar el control aduanero y el hecho deja de ser infracción para convertirse en delito.
4. No se vulnera el *ne bis in idem* si se recalifica el hecho investigado para recalcular la persecución penal de una misma persona por un mismo hecho. Puede suceder que la primera persecución no haya podido examinar el hecho desde el punto de vista jurídico-penal correcto por las propias exigencias dogmáticas de la ley penal, por ejemplo, los elementos del tipo. En este caso, el *ne bis in idem* no está en pugna con la segunda persecución.

Importación-exportación de estupefacientes

1. El contrabando de estupefacientes reprime una conducta única: el tráfico ilícito de esas sustancias. Este tipo de maniobras supone, necesariamente, la extracción de estupefacientes de un territorio aduanero y su introducción en otro territorio aduanero. O sea que la importación de estupefacientes supone que previamente fueron exportados de un territorio aduanero distinto del de destino. Esa maniobra, compuesta de dos momentos, configura una única conducta de tráfico ilícito internacional.
2. Si bien la comisión de cada hecho en jurisdicciones diferentes da lugar a la doble calificación del contrabando (como de exportación y como de importación), se trata de una unidad de acción.
3. El *quid* de la cuestión está en el riesgo de que a una persona la acusen por dos delitos en distintas jurisdicciones, cuando en realidad se trata de un mismo hecho.
4. La clave es determinar si existe un orden preferente para el enjuiciamiento del acusado. El derecho internacional guarda silencio al respecto; los Estados se resisten a ceder jurisdicción a favor de otro Estado. Dificilmente acepten perder soberanía.
5. El *ne bis in idem* solo tiene eficacia dentro de una misma jurisdicción estatal. La regla es que las cuestiones que hacen a la política criminal de un Estado no pueden ser interferidas por decisiones de igual naturaleza de otros Estados.
6. El derecho de gentes no reconoce una regla *ius cogens* que impida la múltiple persecución penal por parte de diversos Estados respecto de un mismo acusado por un mismo hecho. Incluso se admite que un hecho ocurrido en una determinada jurisdicción territorial quede sometido a la jurisdicción de otro Estado, que por algún motivo de conexión tenga facultad preferente para juzgar ese mismo hecho. Se acepta la potestad penal de un Estado extranjero que intervino o interviene en ese hecho primigeniamente.
7. En el orden internacional, los tratados no contienen una verdadera prohibición de la doble persecución penal por distintos Estados.
8. Algunos convenios regulan la posibilidad de que un Estado se niegue a colaborar con un procedimiento que implica doble persecución. En materia de extradición suele establecerse la improcedencia cuando el pedido se refiere al mismo hecho por el cual el individuo reclamado ha sido juzgado, condenado o absuelto en el país requerido.

9. La única regla general que establece la prohibición de la persecución penal múltiple como límite material a la jurisdicción de los Estados es la del artículo 4° del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889. Esa norma indica que en los casos de concurrencia de jurisdicciones “tendrá lugar un sólo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas”, y regula la obligación del juez del proceso de ordenar la comunicación de la iniciación del juicio a los Estados interesados.
10. Se necesita una cláusula internacional que reivindique el principio de *ne bis in idem* para los casos en que el mismo sujeto sea perseguido penalmente en jurisdicciones estatales diferentes por el mismo hecho. Hasta tanto esa creación no se produzca, los tribunales tendrán que acotar el poder punitivo de los Estados haciendo valer las protecciones constitucionales que se desprenden de las legislaciones internas y de la interpretación de las convenciones internacionales.
11. El artículo 1° del Código Penal dispone la aplicación de la ley penal argentina en base a reglas de territorializada y personalidad. La regla espacial, si bien es un principio dominante, no es exclusiva y puede ceder en aras de justicia y equidad al imputado.

Distintos bienes jurídicos afectados:

Contrabando y evasión tributaria

1. Son delitos que afectan a bienes jurídicos diferentes y como pueden ser perseguidos y/o sancionados por distintas causas, se los considera “hechos distintos”.
2. Si el hecho fue definitivamente resuelto por un juez con competencia para abordar todos los enfoques jurídicos que pudiera recibir, la promoción de una nueva denuncia argumentando que el hecho fue erróneamente calificado en el primer pronunciamiento, afecta el *ne bis in idem*.
3. Corresponde que el juez que entiende en la investigación con competencia en las materias a las que se refieren los bienes jurídicos lesionados por el hecho, unifique las pretensiones punitivas.
4. Un hecho complejo, sobreseído en su totalidad, impide que sus diversos fragmentos sean nuevamente juzgados, sobre todo si el primer proceso fue validamente efectuado y ante el juez que podía conocer el contenido total de la imputación, aún cuando el contenido fáctico de la imputación no haya sido agotado por la decisión jurisdiccional, siempre que haya podido hacerlo.
5. La circunstancia de que se considere afectado el principio de *ne bis in idem* cuando un mismo hecho es perseguido y/o sancionado como delito tributario y como delito aduanero, resulta conveniente para saber articular estrategias procesales de defensa, como por ejemplo solicitar la extinción de la acción penal por pago de la obligación tributaria (art. 16 de la ley 24.769) en vez de atravesar la investigación del delito aduanero para el cual no está prevista esa opción liberatoria.

Contrabando de divisas e infracción cambiaria

1. Si se considera que el dinero no es mercadería susceptible de importación o exportación, queda descartado el contrabando de divisas.
2. La introducción o extracción del territorio nacional de una cifra superior a diez mil dólares constituye una infracción cambiaria y la investigación del hecho corresponde a la autoridad administrativa encargada del control de cambios.
3. El control aduanero sobre las operaciones de comercio exterior y el control local de cambios son bienes jurídicos diferentes; y los contenidos de los injustos que se sancionan para proteger a cada uno de esos bienes jurídicos también son diferentes. Por lo que los ilícitos aduaneros y los ilícitos cambiarios son hechos distintos.
4. La decisión de dar intervención a la autoridad administrativa encargada del control del mercado local de cambios (Banco Central de la República Argentina) no transgrede el *ne bis in idem*, ya que no estaría dada la identidad de causa (*eadem causa petendi*), o sea el mismo motivo de persecución o la misma razón jurídica y política de persecución penal

El *ne bis in idem* en el lavado de activos

Lavado de activos y defraudación tributaria

1. El delito de lavado de dinero exige que los activos sometidos al proceso de blanqueo tengan origen ilícito; no se configura el delito cuando los activos provengan de faltas fiscales, administrativas o aduaneras.
2. Las ganancias derivadas de la imputación contable errónea, la omisión de declaración de bienes y ganancias o la mera falta de cooperación con el fisco, entre otras faltas administrativas-fiscales, no califican los activos en los términos del delito de lavado de dinero del artículo 303, punto 1), del Código Penal.
3. Los activos derivados de la evasión tributaria que posteriormente son reintegrados o reinvertidos en el mercado financiero, afecta el sistema socio-económico, mientras que la evasión de tributos debidos al Fisco Nacional afecta la hacienda pública por la merma de la recaudación fiscal.
4. La comisión del delito previo (delito fiscal) es diferente al proceso autónomo y posterior de reciclado o reinversión de activos -derivados de aquel delito- en el mercado formal. Son dos conductas independientes que lesionan bienes jurídicos diferentes y a las que se sanciona por diferentes razones de política criminal.
5. El principio de *ne bis in idem* no se ve afectado porque la sanción estatal se aplicaría por hechos distintos: por un lado, la evasión tributaria previa y por el otro, el delito de lavado de activos, autónomo del primero.

Lavado de activos y contrabando de dinero

1. No se trata de un concurso aparente ni de un concurso ideal. Se trata de la concurrencia de hechos independientes entre sí, con pluralidad de afectaciones penales. Es un caso de concurso real (art. 55 CP) que de

ningún modo afecta la regla constitucional que prohíbe la persecución penal múltiple.

XIV. REFLEXION FINAL

Para concluir, comparto una acertada reflexión de un gran profesor, el Dr. Edmundo Hendler, en su trabajo “*Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem*”³⁶⁰. En ese trabajo sugiere que este principio nos tiene acostumbrados a muchas más perplejidades que certezas. Se lo suele proclamar de manera categórica pero se lo aplica con muchas y muy importantes salvedades. Está pendiente, por lo tanto, la tarea de determinar sus verdaderos alcances prescindiendo de afirmaciones ingenuas y, sobre todo, con miras a evitar ciertas inconsecuencias descorazonantes.

Cuando elegí el tema de mi tesina tuve en mente reexaminar ciertas características del proceso penal-infraccional que rozan el límite de la prohibición de la persecución penal múltiple. Las incompatibilidades entre algunos mecanismos de investigación y el resguardo constitucional del *ne bis in idem* confirman la necesidad de encajar las prácticas procedimentales en el diseño constitucional. Este trabajo dejó en evidencia la necesidad de armonizar el sistema de enjuiciamiento con el de las garantías del proceso penal.

La voluntad de gestar un nuevo modelo es, indiscutidamente, un desafío. Construir un sistema que reemplace las prácticas inquisitivas por las reglas que dirigen el modelo acusatorio requiere del trabajo unísono de quienes intervienen en la creación y en el funcionamiento de las reglas del juego penal. La coordinación entre quienes elaboran leyes, quienes las aplican, quienes las interpretan y quienes las reclaman, resulta indispensable para llevar adelante esta misión.

En principio, para reducir las fricciones entre el proceso penal -tal cual lo tenemos hoy- y los principios constitucionales, deberíamos conferir protagonismo a la etapa de juicio oral y público, dejándole a la etapa de instrucción un lugar tanto más provisorio.

Las menciones jurisprudenciales permitieron enlazar los tópicos planteados. Las reinterpretaciones que los tribunales nacionales e internacionales vienen dando a conocer, además de ser novedosas, son indicios de aquella voluntad desafiante a la que me refería: la de gestar un nuevo modelo procesal-penal más garantizador. Advierto con entusiasmo la tendencia hacia la flexibilización y armonización de disposiciones legales y parámetros constitucionales.

El impacto de los instrumentos internacionales y de las decisiones más comprometidas de los organismos de derechos humanos contribuye generosamente con este lento proceso de asimilación de las garantías procesales. Sin embargo, subsisten cuestiones por resolver, así como elaboraciones abusivas de ciertas excepciones.

³⁶⁰ HENDLER, Edmundo; *Las garantías penales....cit.*, p. 129/148.

Pero más allá de los avances jurisprudenciales, aún no hemos incorporado una mirada panorámica del proceso penal bajo la óptica de los principios constitucionales.

La aplicación práctica del *ne bis in idem* es sólo una de las misiones del garantismo penal, y la suma de todas sus misiones propicia la reducción de la brecha entre el “deber ser” y el “ser”. De todos modos, resulta más garantizador que sea cual sea la fórmula legitimante del poder punitivo estatal, el discurso se mantenga en todos los actos del Estado de Derecho, por todos los funcionarios y en cada una de sus decisiones. Fomentar la previsión, incrementar la confianza y reducir el escándalo también son pautas del modelo garantista.

La legitimación del ejercicio del poder punitivo es lo que denominamos discurso jurídico-penal; por eso es tan importante que sea coherente, es decir conforme a los parámetros formales y sustanciales fijados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales.

Han transcurrido más de ciento sesenta años desde la sanción de la Constitución Nacional y diecisiete de la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y sin embargo, seguimos hablando de “garantías constitucionales en el proceso penal”, cuando tan sólo alcanzaría decir “proceso penal”.

Un diagrama que optimice el rendimiento de la investigación de la delincuencia económica, y que a su vez respete los resguardos constitucionales pensados a favor del imputado, exige un único procedimiento y un único órgano sancionador. Este método apunta a eliminar las consecuencias perjudiciales que la concurrencia jurisdiccional entre la órbita penal y la administrativa le trae al contribuyente, al importador o al exportador. He aquí el modelo que proponen el ordenamiento alemán o el italiano, y el que postulan algunos doctrinarios españoles, como De León Villalba³⁶¹.

Por otra parte, resultaría práctico conferirle al tribunal con competencia penal la capacidad de aplicar –también– la sanción prevista para la infracción administrativa. Siguiendo esta línea, un sobreseimiento total en sede judicial impediría repetir la sanción por el mismo hecho en sede administrativa, ya que el mismo juez tuvo oportunidad de evaluar la base fáctica desde todas las perspectivas posibles, tanto jurídicas como administrativas.

En el ámbito comunitario también podrían evitarse consecuencias concurrentes entre los órganos nacionales y los regionales asignando la facultad de imponer sanción comunitaria al órgano interno competente para imponer sanción nacional. Simultáneamente, y para preservar los intereses de la región, debería concedérsele participación en el proceso penal a un órgano comunitario representativo de esos intereses. Con esto, se lograría frenar el doble procedimiento y la doble sanción; y, mejor aún, estimular un mecanismo unívoco para el tratamiento del problema en todo el orden comunitario.

³⁶¹ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier; *Acumulación ...cit*; p. 227 y ss.

Este esquema puede ser recomendable para mantener la vigencia del principio del *ne bis in idem* y, en última instancia, recortar el poder punitivo del Estado en materia de persecución y sanción de delitos económicos.

Esta investigación ha valido para reexaminar el alcance de la prohibición de la persecución penal múltiple de los delitos económicos. El camino recorrido puso de relieve las distorsiones jurídico-normativas que rondan en los estrados judiciales, encargados de enjuiciar los casos de delincuencia económica. Las afirmaciones indicadas avalan que la hipótesis de partida puede sostenerse con validez y que el reacomodamiento del proceso penal-infracional no puede demorarse más.

Más allá las derivaciones que acarrearán *ne bis in idem*, si partimos de la cosmovisión de un derecho penal funcional a una única inspiración político criminal, con pretensiones de coherencia en la relación entre sus postulados sustanciales y formales, lo cierto es que lo que se consagra en uno de esos ámbitos no puede verse desbaratado en el otro; es por ello que necesitamos razones lógicas para interpretar y aplicar un método racional e igualitario, del cual es posible esperar respuestas lógicas y uniformes que alejen al poder punitivo estatal de la arbitrariedad.

INDICE

I.	PALABRAS INICIALES....	1
II.	PRESENTACIÓN Y PRESUPUESTOS CENTRALES DE LA TESINA....	2
III.	INTRODUCCIÓN....	3
III a.	Cuestiones semánticas....	4
III b.	Breve genealogía....	5
III c.	Desnaturalización de los principios constitucionales en el Derecho Penal Económico....	7
IV.	LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO PENAL COMÚN....	11
IV a.	Generalidades conceptuales....	11
IV b.	Versión formal y versión material del <i>ne bis in idem</i>	13
IV c.	Triple identidad....	15
c.1)	el mismo sujeto....	15
c.2)	el mismo hecho....	17
c.3)	la misma causa....	18
V.	EL RECONOCIMIENTO DEL <i>NE BIS IN IDEM</i>	20
V a.	En el ordenamiento interno....	20
V b.	En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación....	22
V c.	En el la tradición jurídica de Estados Unidos....	27
V d.	En otros países....	29
V e.	En el derecho penal internacional....	31
V f.	En el ámbito de la Unión Europea....	34
VI.	POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN....	38
VI a.	Constitucionalidad....	38
VI b.	Clases de potestad sancionadora....	39
VI c.	Unidad de la potestad punitiva estatal y naturaleza de las sanciones administrativas....	40
VI d.	Extensión de las garantías del derecho penal al derecho administrativo....	41
VI e.	La potestad sancionadora en materia tributaria y aduanera....	42
VII.	<i>NE BIS IN IDEM</i> : PARTICULARIDADES EN EL PROCESO PENAL....	42
VIII.	IDENTIDAD DE CAUSA: ¿LÍMITE O PERMISO PARA PERSEGUIR MÁS DE UNA VEZ?....	45

VIII a. El planteo....	45
VIII b. Toma de posiciones....	47
IX. LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE DE LOS DELITOS ECONÓMICOS....	49
IX a. Un riesgo de multiplicidad compartido: la doble esfera penal-infraccional....	49
a.1) En la Ley Penal Tributaria....	51
a.2) En el Régimen Penal Aduanero....	52
X. <i>NE BIS IN IDEM</i> EN EL RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO....	54
X a. La persecución de infracciones y delitos: cosa juzgada y predudicialidad....	54
X b. Inconstitucionalidad del artículo 17: coexistencia de penas y sanciones administrativas....	57
X c. Delito continuado, cosa juzgada y <i>ne bis in idem</i>	66
X d. Una maniobra, distintos tributos y la aplicación del principio de cosa juzgada....	72
X e. Voces de la jurisprudencia....	75
e.1) A propósito del caso “Eurnekian”....	75
e.2) Otros fallos....	79
XI. <i>NE BIS IN IDEM</i> EN EL RÉGIMEN PENAL ADUANERO....	82
XI a. ¿Delito, infracción o ambos?....	82
a.1) Antecedentes legislativos....	82
a.2) El sistema legal vigente....	83
a.3) La jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores....	83
a.4) La posición de la doctrina....	84
XI b. Encubrimiento de contrabando o tenencia injustificada de mercaderías para comercialización....	84
XI c. Contrabando documentado o infracción por declaración inexacta....	94
XI d. Exportación-importación ¿hecho único o hechos distintos?....	100
d.1) Límites a la ley penal en el espacio....	102
d.2) Voces de la jurisprudencia....	105
XI e. Contrabando y otros delitos: un hecho, dos calificaciones y persecución penal múltiple....	114
e.1) Contrabando y evasión tributaria....	114
e.2) Contrabando y transgresión al régimen penal cambiario....	118
XII. <i>NE BIS IN IDEM</i> Y LAVADO DE ACTIVOS....	120
XII a. Lavado de activos y fraude tributario....	120
XII b. Lavado de activos y contrabando de dinero....	129
XIII. CONCLUSIONES....	134

XIV. REFLEXION FINAL....144

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ÁBALOS, Washington Raúl; *Código Procesal Penal de la Nación*, Ediciones Jurídicas, 1994.
- ABARCA, Alfredo; *Procedimientos aduaneros*, Universidad, Buenos Aires, 1999.
- ALOISI, Fino; *Manuale pratico di procedura penale*, Tomo I, Milano, 1943.
- ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier; *Legalidad de la Infracción Tributaria*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1999.
- ALTAMIRANO, Alejandro y RUBINSKA, Ramiro (coordinadores); *Derecho penal tributario*, Tomo II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos; *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARAUJO, Joao Marcello; *Delitos contra la economía*, Editora Revista dos Tribunales, San Pablo, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina; *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.
- BLANCO CORDERO, Isidro; *El delito de blanqueo de capitales*; Pamplona, Aranzadi, 1997.
- BELING; *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Labor, 1943.
- BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Derecho Infraccional Aduanero*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo; *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4ª edición ampliada por Ana María Cabanellas, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1992.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César; *El delito continuado*, Bosh, Barcelona, 1951.
- CAMIÑA, Mónica (directora); *Principios de Derecho Procesal Penal. Casos y soluciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- CAPARROS, Fabián; *El delito de blanqueo de capitales*; Madrid, Colex, 1998.
- CARAMUTI, Carlos; *Concurso de delitos*, Tomo 2005-A, Hammurabi, Buenos Aires.
- CARBONELLI, Juan Carlos; *Derecho Penal. Conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARRIÓ, Alejandro; *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

CASTIÑEIRA, María; *El delito continuado*, Bosh, Barcelona, 1977.

CATANIA, Alejandro; *Régimen penal tributario. Estudio sobre la ley 24.796*, segunda edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

CHIARA DIAZ, Carlos, *Ley penal tributaria y previsional 24.769*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; *El delito continuado*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

CLARIA OLMEDO, Carlos; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

CREUS, Carlos; *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

DAYENOFF, David Elbio; *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires*, García Alonso, Buenos Aires, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS; *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993.

DE LEON VILLALBA, Francisco Javier; *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona, 1998.

DIAZ, Vicente Oscar; *La falsedad del hecho tributario en la dogmática penal*, Macchi, Buenos Aires, 1993.

D'ALBORA, Francisco; *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado-Comentado-Concordado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

DONNA-MAIZA; *Código Procesal Penal Comentado*; Astrea, Buenos Aires, 1994.

EDWARDS, Carlos E.; *Régimen penal tributario. Leyes 24.765 y 24.769. Delitos tributarios previsionales y fiscales. Procedimientos administrativo y penal. Clausura tributaria. Jurisprudencia*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

GARCÍA ALBERO, Ramón; *Non bis in idem. Material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.

GARCÍA CAVERO, Percy (coord.); *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2004.

GIULANI FONROUGE, Carlos M. y NAVARRINE, Susana Camila; *Procedimiento tributario y de la seguridad social*, undécima edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

GONZALEZ VENTURA; *Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.

HENDLER, Edmundo S.; *Una regla que confirma excepciones: ne bis in idem*, en Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

HITTERS, Juan C.; *La Revisión de la cosa juzgada*, prólogo de Augusto Mario Morello, Platense S.R.L., La Plata, 1977.

HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Lima 2005.

JAKOBS, Günther; *Tratado de Derecho Penal*, trad. a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4° edición, Comares-Granada, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Losada, Buenos Aires, 1951.

LEONE, Giovanni.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El Principio non bis in idem*, Dykinson. Madrid, 2004.

MAIER, Julio; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1986.

MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2002.

MAURACH REINHART-ZIPF HEINZ; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 7ma edición, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MANZINI, Vincenzo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, El Foro, 1996.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos; *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MEDRANO, Pablo; *Delito de contrabando y comercio exterior*, Lerner, Buenos Aires, 1991.

MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal, Parte General*, B de F, 7° edición, Buenos Aires, 2004.

MOCCIA, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones, entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*, traducción de Ramón Ragués Valles; *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxín*, Barcelona, 1997.

MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco; *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996.

MUÑOZ LORENTE; José, *La nueva configuración del principio de non bis in idem*, Madrid, 2001.

MUÑOZ Merino; *El delito de contrabando*, Pamplona, 1992.

NAVARRO CARDOZO, Fernando; *Infracción Administrativa y Delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex Editores, Madrid, 2001.

NIETO, Martín; *Delitos comunitarios*, Barcelona, 1996.

NINO, Carlos; *El concurso en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

NUÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires, 1960.

ORÉ GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Lima, Alternativas, 1999.

OTTAVIANO; *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional*, tesis doctoral inédita, Universidad Austral, Buenos Aires, 2008.

PASTOR, Daniel R.; *¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem? En La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

PLAZAS, Florencia y HAZAN, Luciano; *Garantías constitucionales en la investigación penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

PÉREZ LAMELA, Héctor D. y REARTES, Roberto; *Lavado de dinero. Un enfoque operativo*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

PÉREZ MANZANO, Mercedes.; *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002.

PESSOA, Nelson R.; *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador; *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RAFECCAS, Daniel; *El delito de quiebra de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

RIGHI, Esteban; *Los Delitos Económicos*, Ad-hoc. Buenos Aires, 2000.

RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto; *Cosa juzgada*, Ediar, Buenos Aires, 1974.

ROXIN, Claus; *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y de José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

SAN MARTIN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir*, Lima, 2002.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004.

SEQUEIRA, Marcos; *Vías legales tendientes a evitar que se viole la regla del non bis in idem*, en *Garantías en el derecho tributario*, Mediterránea, 1º edición, Córdoba, 2003.

SILVA SANCHEZ, Jesús María; *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.

SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino. Tomo II*, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1951.

SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, TEA, Buenos Aires, 1989.

SPISSO, Rodolfo R.; *Derecho constitucional tributario*, cuarta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

THOMAS, Ricardo; *Régimen penal tributario. Ley 24.769. Análisis de los tipos penales. Ley más benigna*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

URQUIZO OLAECHEA, José; *El Principio de Legalidad. Horizonte*, Lima, 2000.

VERVAELE, John A. E.; *El sentido garantizador del ne bis in idem transnacional en la Unión Europea, en La Cultura Penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Delitos Aduaneros*, Mave, 2004.

VILLEGAS, Héctor B.; *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, novena edición, Astrea, Buenos Aires, 2005.

VIVAS USSHER, G; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Córdoba, Alveroni, 1999.

YACOBUECCI, Guillermo; *El crimen organizado*, Ábaco, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En Torno a la Cuestión Penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

Publicaciones en revistas de doctrina jurídica

AFTALIÓN, Enrique; *El derecho penal administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL, Tomo 40-443.

BONZÓN RAFART, Juan Carlos; *Sanciones administrativas y penales impuestas por la administración. Distinto tratamiento jurídico*, ED, 197-843; *Difícil armonización de fallos emanados de distintas jurisdicciones que analizan idénticas bases fácticas*, ED del 8 de julio de 1997; *Concurso de delitos aduaneros e infracciones*, ED, 178-879; *Importante fallo relacionado con la distinción entre delitos e infracciones aduaneras*, ED del 9 de noviembre de 2001; *Tenencia ilegal de mercadería extranjera ¿Contrabando o infracción aduanera?*, ED, 141-630; *Diferencias y relaciones del delito aduanero de encubrimiento de contrabando con la infracción aduanera de tenencia injustificada de mercaderías de origen extranjero con fines comerciales o industriales*, ED, 163-1256; *Delicado debate jurídico sobre concurrencia del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercaderías*, ED, 469-1114; *Concurso de delitos aduaneros e infracciones*, ED, 178-879; *Importante fallo casatorio sobre el non bis in idem y el bien jurídico protegido por el derecho penal aduanero*, ED del 12 de junio de 2000; *Polémicos procesamientos relacionados con el régimen de importación de automotores, su desnaturalización y eventual encuadre en la Ley Penal Tributaria*, ED, 156-957; *Diferenciación entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario*, ED, 187-1061; *Debido control aduanero: bien jurídico protegido. Importante fallo de la Corte Suprema sobre el tema*, ED, 179-443; *Tres flagelos económicos: contrabando, evasión y elusión tributaria*, ED, 186-1449; *Triple encuadramiento legal de la defraudación fiscal*, ED, 158-866.

BONZON RAFART, Juan Carlos; *El delito de contrabando y su relación con la infracción aduanera de tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero con fines comerciales o industriales*, Revista Información Empresarial N° 238, septiembre de 1988; *Mercadería en plaza en condiciones ilícitas ¿delito o infracción?*, Revista Información Empresarial n° 253 de abril de 1993; *La libertad contractual, el principio de la realidad económica y su relación con el derecho infraccional y penal tributario*, Revista Información Empresaria N° 255, de noviembre de 1993; *Retención indebida por parte de agentes de retención o percepción tributaria o previsional: ¿delito o infracción?*, Revista Información Empresaria N° 262, de octubre de 1995;

BONZON, Juan Carlos; *El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias*, LL 1990-C-1114.

BRONZOVIC, Ivana; *El perjuicio fiscal en el artículo 954 del Código Aduanero*, Revista de Estudio Aduanero N° 9.

CAFERATA NORES, José; *La garantía del non bis in idem ¿implica la misma causa de persecución?*, Buenos Aires, LL, 1996-B.

CHOHUELA, Diego; DATO, María I.; NICOLOSI, Juan M.; *Doble persecución del delito de contrabando de estupefacientes. Principio del ne bis in idem*, en *El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, ED, abril, 2008, p. 33.

CORNEJO COSTA, Emilio; *El lavado de dinero y la evasión tributaria*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, fasc. 5, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

DELITALA, Giacomo; *Delito continuado y cosa juzgada*, Cuadernos de Política Criminal, N° 81, 2003.

DE LA CUESTA; *Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ne bis in idem: Relación General*, Revue internationales de droit pénal 73, 2003.

DE LUCA, Javier Augusto; *Ne bis in idem, especialmente en el ámbito de las nulidades y recursos*, Revista del Ministerio Público Fiscal.

DIAZ, Vicente Oscar; *Escándalo jurídico de una sentencia del Tribunal Fiscal. Singular doctrina de la Sala A: Repudio al non bis in idem*. Periódico Económico Tributario N° 118, del 3 de octubre de 1996.

DIAZ, Vicente O.; *El sustrato del delito de lavado de dinero en sus antecedentes internacionales y sus pretendidas implicancias tributarias*, Periódico Económico Tributario del año 2001.

DIAZ, Vicente Oscar; *Un evidente escándalo jurídico y el valor de un fallo en minoría*, ED, T. 221 (2007).

DURRIEU, Roberto; *El lavado de dinero en la Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

DURRIEU, Roberto; *Rethinking money laundering & financing of terrorism in international law*, capítulo 3, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2013.

GARCIA BELSUNCE, Horacio; *Régimen penal tributario. Concurso de sanciones*, LL del 20 de junio de 1990.

GARCIA PRIETO, Horacio; *Represión del lavado de dinero y tributación*, trabajo presentado en el II Congreso de Derecho Tributario y Derecho Penal Tributario, Universidad Austral, Facultad de Derecho, 21 y 22 de noviembre de 2002.

GELY, M.; *Tax offences: The hidden face of money laundering?*, Kluwer Law International, Intertax, vol. 31, número 10, 2003.

GENÉ, Gustavo E.; *Ley de lavado de activos de origen delictivo (25.246). Algunas consideraciones preliminares*, LL 2000-D.

GODOY, Norberto J.; *El Tribunal Fiscal de la Nación y el principio non bis in idem*, Periódico Económico Tributario N° 128, del 3 de marzo de 1997.

GOTTIFREDI, Silvina y SCHURIG, Harry; *La afectación del bien jurídico protegido por la Aduana con relación a infracciones. Dificultad interpretativa*, Lexis Nexis, publicación del 28/7/04.

MAIER, Julio B.J.; *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, Doctrina Penal, Año 9, jul-sept. 1986, N° 35.

MARÍN FRAGA, Facundo; *Derecho Penal del Enemigo*, publicado en LL Suplemento Actualidad, del 15 de febrero de 2005.

NUÑEZ, Ricardo C.; *La garantía del 'non bis in idem' en el Código de Procesamiento Penal de Córdoba*, en Revista de Derecho Procesal, año IV, 4 trimestre, 1946.

PAMPLIEGA, Ignacio M.; *Apuntes sobre lavado de dinero y delitos fiscales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007-1-87.

SANCINETTI, Marcelo A.; *Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser 'hecho previo' del delito de lavado de dinero*, El Dial, Suplemento de Derecho Penal, año XI, del 14/07/2008.

SANTAGATA, Florencia; *Algunas consideraciones sobre la coexistencia del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción aduanera sobre tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero*, Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial Derecho Penal Aduanero, del 16/10/02.

SATZGER, Helmut; *El principio de ne bis in idem, particularmente de la doble penalización en el derecho penal internacional*, ED, Sección Doctrina y Jurisprudencia, febrero 2009.

SCOPONI, Cristián Fernando; *Debido proceso y doble instancia en el ámbito infraccional tributario*, publicado en Suplemento Especial Tributario de ED del 28/8/2007.

SEQUEIRA, Marcos; *Vías legales tendientes a evitar que se viole la regla del non bis in idem*, en Garantías en el derecho tributario, Mediterránea, 1° edición, Córdoba, 2003.

SEQUIERA, Marcos A.; *Inmolación de las garantías procesales en el derecho penal tributario argentino*, en Doctrina Penal Tributaria y Económica N° 3, Errepar, octubre 2007.

VELA GUERRERO, Anderson; *El ne bis in idem y el derecho sancionador peruano*, en Revista Jurídica del Perú, N° 39, octubre de 2002.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Inexistencia de diferencias ontológicas entre los delitos y las infracciones aduaneras*, LL, 1993-E.

VIDAL ALBARRACIN, Héctor G.; *Autonomía del encubrimiento de contrabando (artículo 874, inciso “d” del Código Aduanero)*, ED, del 8 de julio de 1994.

VIDAL ALBARRACIN, Héctor G.; *Concurrencia entre una modalidad de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia de mercadería extranjera sin acreditar legítima introducción*, LL 1996-E, 339.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Un fallo interesante con respecto a la delimitación del delito de contrabando*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 30 de junio de 1998.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Otra vez sobre la distinción entre una modalidad del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera*, LL 2003-F, Suplemento Penal, octubre de 2003.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; *Criterio diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras y de estas entre sí*, ED, 162-1186.

VILLAR, Mario; *Delito de contrabando e infracción aduanera. Un acercamiento a su diferenciación*, Revista de Estudios Aduaneros, Año VIII, n° 12, 1998.

ZIFFER, Patricia; *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 106; *Reincidencia, ne bis in idem y prohibición de doble valoración*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 7, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

ZUÑIGA FERNÁNDEZ, Tania; *La potestad sancionadora de la Administración Pública. Consideraciones para un debate doctrinario*, en Revista Jurídica del Perú, Año 51, N° 21, abril 2001.

Artículos de doctrina on line

BORINSKY, Mariano H.; *Principio non bis in idem. Concurrencia de consecuencias jurídico-penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*, publicado en www.eldial.com, 12 de abril de 2005.

MARTEAU, Juan Félix; *¿Se puede castigar el lavado de dinero?*, nota del 28/6/2008, publicado en www.elcronista.com.

GONELLA, Carlos y LUCIANI, Diego; *El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del ne bis in idem*, publicado el 25/07/2013 por Thomson Reuters: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/25/07/2013/doctrina-del-dia-el-delito-tributario-y-el-lavado-de-activos>

REATEGUI SÁNCHEZ, James; *La presencia de personas jurídicas como característica del moderno derecho penal del riesgo y las propuestas de*

imputación de corte individual, publicado en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/james0504.pdf>

Legislación

Constitución de la Nación Argentina
Convención Americana sobre Derechos Humanos
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Convención Única sobre Estupefacientes de 1961
Constitución Nacional de los Estados Unidos de América
Código Penal Argentino
Código Procesal Penal de la Nación
Ley 22.415, Código Aduanero
Leyes 23.771 y 24.769, Ley Penal Tributaria
Ley 25.188, Ley de Ética de la Función Pública
Ley 11.683, Ley de Procedimiento Fiscal
Ley 19.359, Régimen Penal Cambiario

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

Caso “S.S. Lotus (Francia v. Turquía)”, del 7 de septiembre de 1927

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Caso “Hüseyin Güzütok” (C-187/01)

Caso “Klaus Brügge” (C-385/01)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso “Routsalainen v. Finlandia”, del 16 de junio de 2009

Corte Interamericana

Caso “Alan García Pérez”, Informe N° 1/95, causa 11.006, del 7 de febrero de 1995

Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Justiniano, Luis Pereyra”, del 4 de noviembre de 1960

“Lentino, Félix y otro”, del 16 de septiembre de 1966

“Parafina del Plata S.A.”, del 2 de septiembre de 1968

“Gasperi, Enrique y otros”, del 27 de febrero de 1970

“Ramón De “Uzandizaga, Perrone y Juliarena SRL”, del 15 de octubre de 1981
“La Rosa Vallejos”, del 10 de marzo de 1983
“Taussing, Jorge”, del 30 de abril de 1991
“Peluffo, Diego”, del 6 de febrero de 1996
“Lapiduz, Enrique”, del 28 de abril de 1998
“Alvarado”, del 7 de mayo de 1998
“Jorge Rafael Videla”, del 21 de agosto de 2003
“Radio“Red Hotelera Iberoamericana S.A.”, del 26/8/2003
“Emisora Cultural S.A.”, del 9 de noviembre de 2003
“Valerga, Oscar y otros”, del 28 de agosto de 2007

Fallos: 155:302, 116:220, 169:330, 183:297, 184:522, 183:297, 184:522, 209:303, 237:563, 271:297, 272:188, 273:312, 292:202, 294:434, 296:646, 298:737, 299:221, 303:1548, 305:246, 307:1709, 308:84, 311:552, 311:1451, 312:1920, 312:597, 312:1351, 312:2434, 314:377, 315:2406, 321:2826, 321:1043, 321:1173, 323:3376, 323:929, 324:2153, 325:1404, 325:2777, 325:3255, 326:1149, 326:2987, 327:4884, 330:261.

Cámara Nacional de Casación Penal

Sala I

Reg. 12.350, “Gerold, Walter A., s/recurso de casación” del 24/7/2008
Reg. 19.723, “Pluspetrol S.A. s/Recurso de Casación” del 8/9/2011
Reg. 20.393, “Jiménez, Jancy s/ recurso de casación”, del 19/11/12

Sala II

“Torres, Jorge H.”, del 23/09/2002, LL 2003-C- 387

Sala III

Reg. 1160, “Juárez, Denisse Nayelys s/rec. de casación”, del 11/8/10
“Z. J. y otros s/contrabando” del 25 de marzo de 1998 ED, 182-1382
“Cuño, Alberto Raúl”, del 4 de mayo de 2005.

Sala IV

“M. F. y otro s/recurso de casación”, del 9 de diciembre de 1999.
Reg. 653.4, “Ikei, Miguel Ángel s/rec. de casación, del 6/5/13
Reg. 546.4, “Quintana, Teodoro y otra s/rec. de casación, del 25/4/13.

Cámara Nacional de Apelaciones en los Penal Económico

Sala “A”

Registros Nros. 158/90, 17/94, 553/95, 99/96, 520/97, 358/03, 706/03, 956/04, 269/05, 373/05, 84/06, 187/06, 89/07, 308/07, 154/08, 667/08, 529/09, 114/11, 194/11, 641/12, 629/13

Sala "B"

Registros Nros. 357/03, 660/06, 752/06, 385/07, 389/07, 456/08, 291/09, 396/10.

Ex -Sala I

4/3/68, "Aspromonte, Julio"

24/9/69, "Wainberg de Gramatsky, D. s/contrabando"

26/6/81, "Alvarez, Ángel A."

Ex -Sala III

10/12/68, "Trabocchi, Ángel s/encubrimiento de contrabando"

21/5/69, "Lirosi, F. D. s/contrabando"

24/6/69, "Ezequielian, José Araquel s/encubrimiento de contrabando"

Tribunal Fiscal de la Nación

Sala C; "Jockey Club Asociación Civil", del 29/4/10

Sala E; "Rocin importadora-exportadora SRL c/Aduana", del 26/9/85 (expte. 4708-A)

Sala F; "Martínez, Miguel", del 8/7/83 (expte. 2823-A)

Sala F; "Pelaez, Jorge s/recurso" (expte. 355-A)

Sala G; "Gracia, Fernando Alberto c/ ANA. s/apelación", del 15/12/94 (expte. 6913).

RESUMEN

I. Objetivos de la Tesis.

El trabajo revela ciertas características del proceso penal-infraccional que obstruyen el rendimiento de la investigación de la delincuencia económica conforme a los parámetros constitucionales. Abordo, especialmente, una de las prohibiciones que limitan la intervención punitiva del Estado: la persecución penal múltiple en los delitos económicos.

La desarmonía constitucional es el punto de partida y la mirada crítica de las prácticas procedimentales alerta la necesidad de acomodar esos hábitos a interpretaciones y diseños más garantizadores para quienes sean juzgados.

El eje de la tesis está dado por la lectura de proceso penal que investiga delitos económicos bajo las coordenadas de los principios constitucionales.

Las menciones jurisprudenciales permiten enlazar los tópicos planteados con las decisiones judiciales que a ellos refieren; y las más recientes resoluciones se amalgaman con la histórica jurisprudencia que vienen haciendo camino hacia un sistema penal más garantizador.

No obstante, y si bien subsisten cuestionamientos inconclusos y tendencias abusivas de ciertas excepciones a la regla, este trabajo recopila el esfuerzo de los tribunales nacionales e internacionales por fomentar la armonía entre las prácticas tribunales y las directivas constitucionales. Resalto el impacto de los instrumentos internacionales y de las decisiones más comprometidas de los organismos de derechos humanos en este lento proceso de asimilación de las garantías procesales.

Asimismo, analizo el alcance de las decisiones judiciales y sus repercusiones en sede administrativa. La inspiración es diseñar el límite a la intervención del derecho penal con estrategias que disipen las interferencias jurisdiccionales (penal-administrativa) y reduzcan la multiplicación de las persecuciones de los delitos económicos. A esos fines, concluyo en la conveniencia de unificar procedimientos y órganos jurisdiccionales, ya sea por su competencia material y/o territorial. Y en el ámbito comunitario, propongo menguar las superposiciones entre los órganos nacionales y regionales, asignando la facultad de imponer sanción comunitaria al órgano interno competente, pero preservando la participación del órgano comunitario en el proceso penal interno. Esta distribución de competencia eliminaría el riesgo del doble procedimiento y de la doble sanción.

Aunque incipiente, el esquema que sugiero apunta a mantener la vigencia del principio del *ne bis in idem* y, en última instancia, a contener el poder punitivo del Estado en materia de persecución y sanción de delitos económicos.

Evidentemente, las distorsiones jurídico-normativas que confunden la forma en que deben llevarse a cabo los procesos judiciales, indican la urgencia por establecer la concordancia entre lo que pensamos y lo que hacemos.

II. Relevancia del tema.

En la misión de organizar la vida social, las garantías constitucionales han servido para reducir ciertos excesos que derivan del ejercicio monopólico de la coacción estatal. Juzgar sucesivamente lo que ya se realizó, como así también desafiar la suerte jurídica por segunda vez, no son vías aceptables para controlar el comportamiento ciudadano frente a las pautas de conductas. Y entiendo que la protección constitucional de las barreras garantizadoras no puede ceder en aras de los fines recaudatorios del Estado.

El diseño de la tesis está configurado sobre cuatro ejes: 1) el alcance de la prohibición del doble juzgamiento en el derecho penal común; 2) el alcance del *ne bis in idem* en el derecho penal internacional; 3) el alcance del principio en los delitos económicos: tributarios, aduaneros, cambiarios y lavado de activos; y 4) las reflexiones basadas en el análisis. A su vez, las consideraciones incluidas en cada uno de los ejes se encuentran respaldadas por opiniones de doctrina y decisiones jurisdiccionales en los sentidos indicados.

Resulta relevante del trabajo la amplitud conferida al *ne bis in idem* y la extensión de su aplicación al ámbito administrativo, teniendo en cuenta que las disposiciones en materia tributaria, aduanera y cambiaria regulan investigaciones preliminares en las respectivas sedes administrativas.

La importancia del tema radica en que la prohibición de perseguir penalmente más de una vez a la misma persona y por el mismo hecho es un reaseguro político-constitucional que protege al ciudadano frente al ejercicio de la coacción estatal, en cualquiera de sus formas.

III. Programa de trabajo.

El esquema estimativo de trabajo se distribuyó en cinco fases.

- 1- diseño de la investigación

- 2- recopilación de la información
- 3- procesamiento de datos
- 4- experimentación bajo la supervisión del director
- 5- evaluación del director
- 6- entrega final