

EN TORNO A LAS FACULTADES JURISDICCIONALES ADUANERAS EN LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA DEL MAR ARGENTINO*

POR JUAN MIGUEL SLUMAN

SUMARIO

- I. A MODO DE INTRODUCCION.
- II. INDIVIDUALIZACION DE LOS PRECEPTOS LLAMADOS A DEBATE.
- III. PLANTEO DEL PROBLEMA.
- IV. LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA NACIONALES.
- V. ANALISIS DEL PUNTO: NUESTRA OPINION.
- VI. IMPORTANCIA PRACTICA DE LA APLICACION DE LA LEY 23.968 Y SU DECRETO EJECUTIVO 2623/91.
- VII. STATUS JURIDICO ADUANERO DE LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA.
- VIII. CONCLUSIONES.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que quizás mayor incertidumbre ha suscitado al momento de efectuar la correspondiente interpretación a los fines de aplicar la normativa vigente en la materia, es la relativa a las facultades del servicio aduanero en el ámbito constituido por aquella franja del mar argentino que se ha dado en llamar, nacional e internacionalmente, zona económica exclusiva⁽¹⁾.

Dicha franja, de enorme importancia económica para nuestro país en razón de su riqueza ictícola, cubre nuestras costas y se extiende hasta una distancia de 200 millas marinas, contadas a partir de la línea de las más bajas mareas. Así lo dispone, en nuestro orden jurídico, la Ley 23.968 de espacios marítimos⁽²⁾.

Este cuerpo normativo sin dudas concurrió a zanjar importantes divergencias interpretativas en torno a nuestros espacios marítimos, sobre todo en los aspectos vinculados al ejercicio de la plena soberanía

* El presente trabajo fue presentado como ponencia en el Segundo Congreso de Derecho Aduanero organizado por la Administración Nacional de Aduanas y el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros los días 31 de mayo, 1 y 2 de junio de 1995 en la ciudad de Buenos Aires, en cuya oportunidad fue aprobado por once votos a favor, uno en contra y dos abstenciones.

(1) En el ámbito del derecho interno, la Ley 23.968 y el Decreto 2623/91 -ambos publicados en diciembre de 1991-; en el orden internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -celebrada en Montego Bay, Jamaica, en 1982-.

(2) Los tres espacios marítimos contemplados por la Ley 23.968 son: mar territorial -12 millas-, zona contigua -24 millas- y zona económica exclusiva -200 millas-. En todos los casos las distancias se computan a partir de las líneas de base referidas por la bajamar -v. arts. 1, 3, 4, y 5 de la ley citada-.

de la República Argentina en las aguas marítimas ⁽³⁾; diferencias éstas originadas en la poca clara y variada normativa preexistente en relación con el punto, tanto en el orden nacional como en el internacional⁽⁴⁾, entendiéndose a este último respecto, claro está, los tratados internacionales que integran nuestro derecho interno de acuerdo a los mecanismos constitucionales.

No obstante lo expuesto, en los aspectos estrictamente vinculados al objeto de este trabajo, esto es las facultades jurisdiccionales aduaneras en la zona económica exclusiva, la ley en comentario ha sido poco clara -en nuestra opinión contradictoria-, por lo que mereció la crítica de un sector de la doctrina nacional ⁽⁵⁾. Estos defectos, que trataremos más adelante, motivaron la rápida sanción por parte del Poder Ejecutivo Nacional del Decreto 2823/91 modificando el texto de la ley con el objeto de precisar los puntos pertinentes ⁽⁶⁾.

Más aún, a la luz de ciertas opiniones que luego se expondrán, la anterior suscripción por parte del Poder Ejecutivo Nacional de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -celebrada en Montego Bay, Jamaica, durante el año 1982-, aún no ratificada por ley formal, ha dificultado todavía más la cuestión frente a las sanciones de la ley y del decreto citados.

Este es el marco del problema, dentro del cual, mediante el presente, nos proponemos aportar nuestro criterio interpretativo con la esperanza de contribuir, al menos mínimamente, a la clarificación del tema.

II. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PRECEPTOS LLAMADOS A DEBATE

Con el fin de clarificar esta exposición, procedemos a transcribir las partes pertinentes de las normas en torno a las cuales gira el problema.

II.1. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR -Montego Bay, Jamaica; 1982-; suscripta por la República Argentina en 1984 y elevada al Poder Legislativo Nacional en 1986, al momento se encuentra sin ratificar:

II.1.a) Artículo 2º de la Convención: "La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores... a la franja del mar adyacente designada con el nombre de MAR TERRITORIAL...."

II.1.b) Artículo 3º de la Convención: "Todo Estado ribereño tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta

(3) Diversas posiciones: Argentina carece de mar territorial: Juan Carlos Puig. Mar territorial hasta las 12 millas; Jorge Aja Espil, Ernesto De La Guardia, Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 29/11/89. Mar territorial hasta las 200 millas; Ernesto Rey Caro, Héctor José Tanzi, Jorge J. Llambías -pueden verse en Barreira, Enrique C., "Facultades Aduaneras en las Aguas Jurisdiccionales Argentinas", Revista de Estudios Aduaneros, Nº 3, Año II, pp. 56/57-.

(4) En el orden nacional: el Código Civil antes y después de la reforma de la ley 17.711 del año 1968 -primero se consideraron como bienes públicos del Estado los mares hasta una legua, luego se libró a la reglamentación-; la ley 17.094 -200 millas de soberanía-; la ley 17.500 de pesca -recepta las 200 millas-; la ley 18.502 -jurisdicción exclusiva hasta las 200 millas-; y las leyes 20.094 y 20.136, entre otras. En el orden internacional: Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, entre Argentina y Uruguay, aprobado por ley 20.645 -12 millas de jurisdicción exclusiva y 200 millas con libertad de navegación-; Tratado de paz y Amistad con Chile, aprobado por ley 23.172 -3 millas de mar territorial y una zona económica exclusiva-; y los tratados de pesca con la ex U.R.S.S. -ley 23.493- y con Bulgaria -ley 23.494-, donde se permite el acceso a la zona económica exclusiva.

(5) Véase Basaldúa, Ricardo Xavier, "Derecho Aduanero", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. - 1992, p. 347.

(6) La Ley 23.968 fue publicada en el B. O. del 5 de diciembre de 1991; mientras que el Decreto 2.623/91 lo fue en el B. O. del 17 de diciembre del mismo año.

un límite que no exceda de 12 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención”.

II.1.c) Artículo 17º de la Convención: “Con sujeción a esta Convención, los buques de todos los Estados, con o sin litoral, gozan de paso inocente a través del mar territorial”.

II.1.d) Artículo 19º, 1er. apartado de la Convención: “El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño...”

II.1.e) Artículo 21º, 1er. apartado de la Convención: “El estado ribereño podrá dictar, de conformidad con las disposiciones de esta Convención y otras normas de derecho internacional, leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial, sobre todas o algunas de las siguientes materias: ...inc h) La prevención de infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios...”

II.1.f) Artículo 27º de la Convención: “La jurisdicción penal del Estado ribereño no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, para detener a ninguna persona o realizar alguna investigación en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso, salvo en los casos siguientes: ...inc a) Cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; ...”

II.1.g) Artículo 33º de la Convención: “1. En una zona contigua a su mar territorial, designada con el nombre de ZONA CONTIGUA, el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para: a) Prevenir las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial. 2. La zona contigua no

podrá extenderse más allá de las 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial”.

II.1.h) Artículo 56º de la Convención: “1. En la ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA, el Estado ribereño tiene: a) Derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; ...2. En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, el Estado ribereño tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las disposiciones de esta Convención...”

II.1.i) Artículo 57º de la Convención: “La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial”.

II.1.j) Artículo 58º de la Convención: “En la zona económica exclusiva, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan, con sujeción a las disposiciones pertinentes de esta Convención, de las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y de tuberías submarinos... y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades, tales como los vinculados a la operación de buques, aeronaves y cables y tuberías submarinos y que sean compatibles con las demás disposiciones de esta Convención...”

II.1.k) Artículo 73º de la Convención: “1. El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para exploración,

explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluida la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales. 2. Los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía. 3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal. 4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón, por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente”.

II.1.1) Artículo 306º de la Convención: “Esta Convención estará sujeta a ratificación por los Estados... Los instrumentos de ratificación... se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”.

II.2. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS -1969-; aprobada por ley 19.865, habiéndose depositado el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1972:

II.2.a) Artículo 14º de la Convención: “1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación...”

II.2.b) Artículo 18º de la Convención: “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el trata-

do a reserva de ratificación... mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; ...”

II.3. CONSTITUCIÓN NACIONAL; Artículo 75º, inc. 22): “Corresponde al Congreso: ...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales...”

II.4. LEY 23.968 DE ESPACIOS MARÍTIMOS; sancionada el 14 de agosto, promulgada el 10 de septiembre y publicada en el B. O del 5 de diciembre de 1991:

II.4.a) Artículo 3º: “EL MAR TERRITORIAL argentino se extiende hasta una distancia de 12 millas marinas... La Nación Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre el mar territorial...”

II.4.b) Artículo 4º: “La ZONA CONTIGUA argentina, se extiende, más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de 24 millas marinas. La Nación Argentina, en ejercicio de su poder jurisdiccional podrá en esta zona prevenir y sancionar las infracciones a sus leyes y reglamentos en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración, que se cometan en su territorio o en su mar territorial”.

II.4.c) Artículo 5º: “La ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA argentina se extiende, más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de 200 millas marinas... En la zona económica exclusiva la Nación Argentina ejerce derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos”.

II.4.d) Artículo 9º: “En los espacios marítimos aquí determinados la República Argentina conserva el derecho exclusivo de construir, autorizar y reglamentar la cons-

trucción, el funcionamiento y la utilización de todo tipo de instalaciones y estructuras, ejerciendo sobre las mismas jurisdicción exclusiva, inclusive en materia de leyes y reglamentos en materia fiscal, aduanera, sanitaria y de inmigración”.

II.4.e) Artículo 10º: “Modifícanse los artículos 585, 586, 587 y 588 de la Ley 22.415 -Código Aduanero-, los que quedan redactados de la siguiente manera: Artículo 585: La extracción efectuada desde el mar territorial argentino, la ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA argentina o desde el lecho o subsuelo submarinos sometidos a la soberanía nacional, de mercadería originaria y procedente de los mismos con destino al extranjero o a un área franca, se considera como si se tratare de una exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general”.

II.5. DECRETO nº 2.823/91 DE ESPACIOS MARÍTIMOS -dictado el 12 de diciembre y publicado el 17 de diciembre de 1991-, calificado como modificatorio de la Ley 23.988 y con estructura formal de decreto de necesidad y urgencia:

II.5.a) Artículo 1º -referido a la ZONA CONTIGUA hasta las 24 millas-: “Sustitúyese el segundo párrafo del artículo 4º de la Ley 23.968, por el siguiente: La Nación Argentina ejerce en esta zona todos sus poderes fiscales y jurisdiccionales preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen”.

II.5.b) Artículo 2º -referido a la ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA hasta las 200 millas-: “Agrégase como segundo párrafo del artículo 5º de la Ley 23.988 el siguiente: La Nación Argentina ejerce en esta zona todos los poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exen-

ciones parciales o totales que legalmente se determinen”.

II.5.c) Artículo 3º: “Sustitúyese el artículo 10 de la Ley 23.968 por el siguiente: Modifícanse los artículos 585, 586, 587 y 588 de la Ley 22.415 -Código Aduanero-, los que quedan redactados de esta manera: Artículo 585: La extracción efectuada desde el mar territorial argentino, DESDE la zona económica exclusiva argentina o desde el lecho o subsuelo submarinos sometidos a la soberanía nacional de mercadería originaria y procedente de los mismos, con destino al extranjero o a un área franca, se considera como si se tratare de una exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general”.

III. PLANTEO DEL PROBLEMA

De la simple lectura de los preceptos precedentemente transcritos, resulta nada difícil advertir la riña existente entre ellos; en especial en lo relativo a las facultades jurisdiccionales -ya sea preventivas o represivas- del servicio aduanero en la franja del mar argentino denominada zona económica exclusiva, cuestión esta que, como ya se dijera, reviste el objeto del presente estudio.

En efecto, por un lado los artículos 33 y 73 de la Convención del Mar. El primero limita la jurisdicción aduanera -preventiva y represiva- a las 24 millas que configuran la zona contigua; mientras que el segundo prohíbe aplicar penas privativas de libertad dentro de las 200 millas que constituyen la zona económica exclusiva, y, obvio resulta decirlo, con referencia a las violaciones de las leyes y reglamentos de pesca pero por transgresiones cometidas en el territorio del Estado ribereño o en su mar territorial.

En tanto, por el otro lado, la Ley 23.968 de espacios marítimos -arts. 3, 4 y

5- al reproducir -solo en ese mínimo aspecto; y resulta fundamental aclarar el carácter excepcional de tal reproducción- la división de espacios marítimos efectuada por la Convención del Mar, copiando, de igual modo, las facultades del Estado ribereño -en este caso la República Argentina- en cada uno de esos ámbitos. No obstante ello, esta ley contiene dos disposiciones que colisionan con los artículos citados y, en consecuencia, con la Convención de Jamaica. Nos referimos a la del artículo 9º, que dispone que todas las instalaciones y estructuras a construirse en cualquiera de los espacios marítimos nacionales -y por ende, también en la zona económica exclusiva- estarán sujetas al ejercicio de la jurisdicción exclusiva de la República Argentina, inclusive en materia aduanera; como así también la disposición contenida en el artículo 10, que modifica el artículo 585 -entre otros- del Código Aduanero, agregando la zona económica exclusiva a los fines de considerar a la extracción de mercadería también originaria y procedente de esa zona con destino al extranjero o a un área franca, como si se tratase de una exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general, lo que conlleva, necesaria e inevitablemente, al ejercicio del contralor aduanero también en ese espacio marítimo.

Finalmente, y también del lado opuesto a la Convención del Mar, a contados días de haberse publicado la Ley 23.968, se dicta y se publica el Decreto 2.623/91, alterando sensiblemente el texto de aquella. Así, modifica el artículo 4º de la ley eliminando la previsión de limitar el ejercicio jurisdiccional aduanero -preventivo y represivo- a la zona contigua de 24 millas por las transgresiones cometidas en el territorio nacional o en su mar territorial, pa-

ra ampliar dichas facultades a las transgresiones cometidas también dentro de aquel espacio marítimo. Más aún, le agrega un párrafo al artículo 5º de la ley, extendiendo también idénticas facultades jurisdiccionales a la zona económica exclusiva de 200 millas.

A esta altura ya tenemos, por de pronto, centrada la cuestión del problema normativo en torno a las facultades jurisdiccionales aduaneras en la zona económica exclusiva del mar argentino, por lo que dos resultan, en consecuencia, los temas a dilucidar. En primer término el punto relativo a la posibilidad jurídica de aplicar nuestra legislación interna -Ley 23.968 y Decreto 2.623/91- frente a las opuestas soluciones brindadas por la Convención del Mar. En segundo lugar, la posibilidad jurídica de aplicar el Decreto 2.623/91 frente a las previsiones -en apariencia contrarias- contenidas en la Ley 23.968.

IV. LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA NACIONALES

Ya con anterioridad a las sanciones de la Ley 23.968 y del Decreto 2.623/91, la jurisprudencia tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión de la posibilidad jurídica de aplicar las normas de nuestro derecho interno -que muy confusamente regulaban el problema-, frente a las previsiones de la Convención del Mar. Sucede que, en aquellos momentos, la cuestión se complicaba aún más ante las diversas posiciones en relación con la anchura del mar territorial ante la falta de previsión al respecto por parte de la normativa entonces existente y a la cual ya se hizo referencia⁽⁷⁾.

Así, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia ⁽⁸⁾ ha resuelto en

(7) Ver cita nº 4.

(8) Este tribunal posee jurisdicción federal exclusiva, en alzada, en el margen costero de mayor extensión en la República Argentina: y comprende las costas de las provincias del Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

dos causas independientes ⁽⁹⁾ que correspondería aplicar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Arribó a tal solución con base en el precepto normativo contenido en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -incorporada a nuestro derecho interno por ley 19.865-, en virtud de la cual el Estado suscriptor de un tratado, hasta que opere la ratificación, deberá abstenerse de actos por los cuales se frustren el objeto y el fin de aquél. De este modo, entendió que aplicar nuestro derecho interno colisionaría con la Convención de Jamaica, que al momento -y hasta ahora- se encontraba pendiente de ratificación por parte del parlamento.

En tanto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al expedirse en las mismas causas, llegadas a su conocimiento por vía de recurso extraordinario, no se pronunció sobre el fondo del asunto, declarando improcedente el recurso interpuesto por carencia de requisitos formales ⁽¹⁰⁾.

En lo que hace a la doctrina, las posiciones han sido diversas, y a veces poco claras. También con anterioridad a las sanciones de la Ley 23.988 y del Decreto 2.623/91, Frida M. Armas Pfirter criticó la doctrina de los precedentes jurisprudenciales apuntados, estimando en primer término que la obligación de abstenerse de actos que frustren el objeto y el fin de un tratado, no podría alcanzar la legislación interna; señalando, en segundo lugar, que la previsión de extender la jurisdicción aduanera

a las 200 millas no contraría ni el objeto ni el fin de la Convención del Mar ⁽¹¹⁾, ni aún bajo el ángulo del art. 73 de esta última que prohíbe la aplicación de penas privativas de la libertad por violaciones a las leyes y reglamentos de pesca infringidos por barcos extranjeros en la zona económica exclusiva ⁽¹²⁾.

Por su parte, Enrique C. Barreira, también con anterioridad a la sanción de la normativa interna que nos ocupa, y en circunstancias de anarquía de normativa precisa en la materia, estimó que una legislación interna que establezca con claridad nuestros espacios marítimos y extienda la jurisdicción aduanera hasta las 200 millas marinas de la zona económica exclusiva no hallaría obstáculo alguno en la Convención del Mar, que, si bien fue suscripta por el Poder Ejecutivo, hasta ese momento -y en la actualidad- no había sido ratificada por el Congreso ⁽¹³⁾.

Ya con posterioridad a las sanciones de la Ley 23.988 y del Decreto 2.823/91 y en el ámbito jurisprudencial, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia volvió a aplicar su anterior doctrina en virtud de la cual, en mérito a la previsión del artículo 18 de la Convención de Viena, un Estado que suscribe un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y el fin del mismo mientras se halle pendiente de ratificación. Ello, luego de citar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros" ⁽¹⁴⁾ por la cual

(9) "Administración Nacional de Aduanas s/formula denuncia" -Expte. n° 2.229- y "Aduana de Puerto Madryn s/formula denuncia por presunto delito de contrabando contra el capitán y tripulación del buque pesquero-factoría de bandera panameña Mar Caribe I" -Expte. n° 2.230-; ambos pronunciamientos del 22/7/88.

(10) C.S.J.N.; A-290.XXII y A-261.XXII, 1/12/88.

(11) Armas Pfirter, Frida M.: "La jurisdicción argentina sobre los espacios marítimos y el Código Aduanero", LL: 1.990-D, Sección Doctrina.

(12) Armas Pfirter...: op. cit., con cita del Dictamen del Fiscal Federal del 26/9/89 en "Demarchi, Gustavo M. s/denuncia arts. 214 y 218 del Cód. Penal" -Causa n° 10.187 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n° 5, Sec. n° 15-.

(13) Barreira, Enrique C.: op. cit., p. 65.

(14) Sentencia de la C.S.J.N. del 7/7/92 en autos n° 90.610.

se declara la supremacía de los tratados internacionales, desde luego ratificados por el Congreso Nacional, por sobre las leyes nacionales -criterio éste inspirado en el art. 27 de la Convención de Viena, y receptado hoy día por la última reforma en el art. 75, inc. 22) de la Constitución Nacional-⁽¹⁵⁾.

De otra parte, y también durante este período, la Secretaría de Asuntos Legales de la Administración Nacional de Aduanas se pronunció a favor de la aplicabilidad de la ley y del decreto en estudio⁽¹⁶⁾, argumentando que el derecho internacional consuetudinario ha variado, en el sentido que existirían legislaciones internas de Estados firmantes de la Convención de Jamaica que, al igual que lo hizo la Ley 23.968 y el Decreto 2.623, extendieron los poderes preventivos y represivos a su zona económica exclusiva; estimando, en consecuencia, que la Convención del Mar, a más de no haber entrado en vigencia para nuestro país por no haber sido ratificada por el Congreso, tampoco ha sido receptada por la costumbre internacional. De igual modo, se pronunció en favor de la plena vigencia del Decreto 2.623/91 en particular, con basamento en la calidad de necesidad y urgencia de aquél, el cual, por haber sido formalmente comunicado al Congreso de la Nación sin que al momento haya recibido tratamiento, goza de convalidación ficta, a la espera de una futura y eventual ratificación⁽¹⁷⁾.

Por último, y en el ámbito doctrinario, Pedro C. Fernández Lalanne parecería interpretar que la Ley 23.988 e inclusive el Decreto 2.823/91 han venido a receptar las previsiones de la Convención de las Na-

ciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁽¹⁸⁾.

V. ANÁLISIS DEL PUNTO: NUESTRA OPINION

Sentado lo expuesto, y como ya se dijera, dos son las cuestiones a dilucidar. La primera, la Convención del Mar y nuestro derecho interno. La segunda, la Ley 23.968 y el Decreto 2.623/91. Procederemos a analizarlas por separado.

V.1. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y NUESTRO DERECHO INTERNO.

Pensamos que nuestro derecho repudia terminantemente la idea en virtud de la cual el artículo 18 de la Convención de Viena -que obliga al Estado suscriptor de un tratado a abstenerse de actos que frustren el objeto y el fin del mismo hasta su ratificación- debe entenderse como cláusula derogatoria del derecho interno que se oponga a las previsiones del tratado suscripto y no ratificado.

En efecto, la preceptiva citada de la Convención de Viena sólo habla de "...abstenerse de actos...", mas no de abstenerse de legislar. Y así entendida la norma en comentario, la misma resulta jurídicamente lógica. Un Estado que suscribe un tratado exterioriza un comportamiento determinado ante el ámbito internacional, comportamiento este que es recepcionado por el derecho consuetudinario internacional y que, por ende, adquiere esa significa-

(15) Causa n° 6359, "Rosales, Carlos R. s/denuncia contrabando de exportación (B/P "Man Fui", CT-70.173, Puerto Deseado)".

(16) Dictamen ANASRT n° 623/94 del 20/7/94, con cita del Dictamen/121/93 de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(17) Ver Dictamen ANASRT n° 623/94 citado.

(18) Fernández Lalanne, Pedro C.; "Comentarios al Código Aduanero", Ed. Guía Práctica... Tº I, pp. 17/18 y 581.

ción en el concierto de los Estados. De modo tal que no cabría, entonces, actuar en contradicción con la conducta internacionalmente adoptada. Pero una cosa es actuar y otra muy distinta es legislar. En este orden de ideas, sostenemos que la previsión contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo es aplicable a falta de legislación interna que regule los mismos aspectos que un tratado suscripto y sin ratificar.

Para que un tratado internacional quede definitivamente incorporado a nuestro derecho interno, es necesaria una ley aprobatoria del Congreso Nacional -arg. art. 75, inc. 22) de la Constitución Nacional- de su posterior ratificación. Sólo entonces el tratado será aplicable y prevalecerá, de acuerdo a la normativa contenida en el art. 75, inc. 22) citado -que receptó la doctrina de la C.S.J.N. en "Ekmekdjian... c/Sofovich..."; a su vez basada en el art. 27 de la Convención de Viena- por sobre las leyes nacionales. Pero sólo sobre las leyes nacionales; mas nunca por sobre la Constitución Nacional, pues así lo dispone no sólo la norma citada -introducida por la última reforma constitucional-, sino también el artículo 31 de la Ley Fundamental que consagra el principio de supremacía constitucional.

Y es por este último principio que jamás podría entenderse al precepto contenido en el artículo 18 de la Convención de Viena como derogatorio o con entidad de cercenar nuestro derecho interno. Tal afirmación implicaría violentar los principios constitucionales consagrados en los artículos 1º y 22º de la Constitución Nacional y el espíritu mismo de la Ley Fundamental, sobre todo lo cual descansa nuestro sistema republicano. Otorgarle validez -ahora superior a las leyes nacionales- a pactos

internacionales suscriptos unilateralmente por el poder administrador sin la necesaria complementación aprobatoria del Congreso que exigen el texto y el espíritu de la Constitución -aún cuando sea acompañada por interpretaciones judiciales- atenta contra la forma republicana de gobierno, base de la estructura de todo Estado de Derecho, y contra el debido respeto al pueblo de la Nación Argentina; actitud característica de los sistemas totalitarios, en los que el administrador no es un servidor, sino que pasa a servirse de la cosa pública como si fuera su dueño.

Adviértase al respecto que mediante la adopción de tal praxis, el Poder Ejecutivo podría, al celebrar tratados con potencias extranjeras, "legislar" sobre materias que el parlamento no encuentra conveniente adoptar y, lo más inaceptable, sin la necesaria participación ulterior de este último poder.

En otro orden, y para el hipotético supuesto en que se aceptara una solución inversa a lo precedentemente expuesto, tampoco creemos que las previsiones de la Ley 23.968 y del Decreto 2.623, al extender las facultades jurisdiccionales aduaneras a la zona económica exclusiva del mar argentino, frustren el objeto y el fin de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ⁽¹⁹⁾.

En efecto, nuestra legislación reconoce la libertad de navegación y aeronavegación de los terceros Estados en la zona económica exclusiva; y creemos que el ejercicio de la jurisdicción aduanera -preventiva y represiva-, cuya materialización es consecuencia de la función primordial de la Institución consistente en el control del tráfico internacional de las mercaderías, ⁽²⁰⁾ en nada afecta a los derechos que le corresponden a los terceros Estados en

(19) Armas Pfirter...; op. cit.

(20) Basaldúa...; op. cit., p. 402. Véase también el mismo autor en "Introducción al Derecho Aduanero", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. - 1988, pp. 210 y ss.

ese espacio marítimo, cuestión esta que sí reviste el objeto y el fin de la Convención del Mar ⁽²¹⁾.

De otra parte, y en particular la prohibición de aplicar penas privativas de la libertad por violación a las leyes y reglamentos de pesca infringidos por barcos extranjeros en la zona económica exclusiva, no se encuentra contrariada si se aplican penas privativas de la libertad por la comisión de un contrabando -cuyo bien jurídico tutelado es el adecuado control de la Aduana sobre el tráfico internacional de mercaderías ⁽²²⁾-; toda vez que el contrabando es un delito -que además constituye un hecho distinto a la sola pesca en sí-, mas no una simple infracción como lo son aquellas relativas a las leyes y reglamentos pesqueros. Y en nuestro derecho tampoco corresponde la aplicación de penas privativas de la libertad por comisión de infracciones.

Por todo lo expuesto, creemos que la aplicación de la Ley 23.968 y del Decreto 2.623/91 no encuentra obstáculo alguno en las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

V.2. LA LEY 23.988 Y LA SANCIÓN DEL DECRETO 2.623/91

Como se dijo, el Decreto 2.623/91 fue sancionado bajo la calificación de "necesidad y urgencia" y como "modificatorio" de la Ley 23.988, para darse finalmente cuenta de ello al Congreso, agregando dos párrafos -uno al art. 4º y el otro al art. 5º de la ley en trato- ampliando los poderes jurisdiccionales de la Aduana a los espacios marítimos denominados zona contigua -hasta las 24 millas- y zona económica

exclusiva -200 millas-. Por lo demás, prácticamente no alteró la redacción que la Ley 23.968 le había dado a los arts. 585, 586, 587 y 588 del Código Aduanero.

Adelantamos nuestra opinión al respecto, sosteniendo, pese a la estructura formal externa del decreto y a la calificación que se le diera -que en nada obligan al intérprete-, que no se trata de un reglamento de necesidad y urgencia, sino de un reglamento ejecutivo, y, como tal, integra la misma ley.

En efecto, como oportunamente hiciéramos notar, la Ley 23.968 adolecía de serias contradicciones. Por un lado, los artículos 3º al 5º que limitaban la jurisdicción aduanera al mar territorial -12 millas- y a la zona contigua -24 millas- pero sólo por transgresiones cometidas en el territorio de la República y dentro del mar territorial, todo lo cual parecía inspirarse en la división de espacios marítimos establecida por la Convención del Mar. Pero, al mismo tiempo y contradictoriamente, disponía en el artículo 9º que toda instalación o estructura construida en cualquiera de los espacios marítimos si debería someterse a la jurisdicción aduanera; en tanto, en igual sentido, el artículo 10º -modificatorio del artículo 585 del Código Aduanero- estipulaba que la extracción de mercadería, también originaria y procedente de la zona económica exclusiva, con destino al extranjero o a un área franca, se consideraría como si se tratara de una exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general. Y esto último conlleva, necesariamente y como ya expresáramos, al ejercicio de la jurisdicción aduanera también en la zona económica exclusiva como una consecuencia natural de aquella situación.

Estas dos últimas normas no tendrían

(21) Cfr. Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

(22) Basaldúa...; "Introducción...", pp. 185 y 213. En igual sentido, Vidal Albarracín, Héctor Guillermo; "Delito de Contrabando", Ed. Universidad, Bs. As. - 1986, pp. 58 y ss.

sentido si se aplicaran literalmente las disposiciones de los tres artículos anteriores -ya citados- de la misma ley, porque estos sólo limitaban la jurisdicción aduanera a las dos primeras zonas, es decir, hasta las 24 millas marinas.

Es por ello que a tan sólo una semana de publicada la ley se sancionó el decreto, el que a su vez se publicó cinco días después de su sanción -días 5, 12 y 17 de diciembre de 1991, respectivamente-, a los fines de salvar rápidamente las contradicciones de la Ley 23.968. De este modo, con la ampliación de la jurisdicción aduanera a la zona contigua y a la zona económica exclusiva dispuesta por los artículos 4º y 5º del decreto en comentario, prácticamente sin alterar la redacción de los restantes preceptos -también antes citados- ni el espíritu de la Ley 23.968, se ha logrado la congruencia necesaria para su aplicación, indispensable para la función del intérprete. Lo expuesto encuentra respaldo, además, en los considerandos del decreto en estudio, cuando se dice: "Considerando: Que se estima necesario PRECISAR el tratamiento que en materia ... aduanera ... y en el campo jurisdiccional derivado de la comisión de ilícitos, acuerda la citada ley a los espacios marítimos que ella delimita..."

La idea precedente no halla obstáculo alguno en la apariencia formal extrínseca de "modificatorio" y de "necesidad y urgencia" del decreto en cuestión, estructura ésta que bien pudo haberse deslizado en medio de la sanción de varios decretos de aquella naturaleza que caracterizó a la época ⁽²³⁾.

En consecuencia, en nuestra opinión, nos encontramos ante un decreto ejecutivo, y no de necesidad y urgencia; el cual, al respetar la obligación de no alterar el espíritu de la ley a la cual accede, es consti-

tucionalmente válido -arg. art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional-, por lo que ha pasado a integrar la Ley 23.968.

Y esta solución es muy importante en la práctica porque, de adoptarse tal criterio interpretativo, al no alterarse el espíritu de la Ley 23.968, resultaría innecesario dar cuenta al Congreso del decreto en cuestión.

Distinta sería la situación, aunque para nosotros no el sentido de la solución, si efectivamente se aceptara la calificación de decreto de necesidad y urgencia adoptada en la redacción de la norma en comentario.

En este supuesto, y sin entrar a analizar el tema de la validez de los decretos de necesidad y urgencia -cuestión que excedería al ámbito del presente trabajo-, el Decreto 2.623/91 también sería plenamente aplicable. El mismo fue dictado con anterioridad a la vigencia de la reforma introducida sobre el particular en la Constitución Nacional, de modo tal que no regirían al respecto las previsiones del nuevo artículo 99, inc. 3º), 3er. apartado en relación con los requisitos de validez de los decretos de necesidad y urgencia. Rige entonces, para este caso, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Peralta... c/Estado Nacional" ⁽²⁴⁾.

En esa oportunidad la Corte supeditó la validez de los decretos de necesidad y urgencia a la existencia de dos requisitos. El primero referido a la falta de rechazo por parte del Congreso, expreso o tácito -vgr. sancionando leyes diferentes sobre el punto-; y el segundo lo constituye la situación de emergencia que justifique la medida adoptada por el Ejecutivo. Pues bien, el decreto bajo análisis ambos recaudos hallaríanse cumplidos.

En efecto, en el Decreto 2.823/91 se

(23) Una interpretación similar fue realizada por Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Mateo en ED: Tº 158; p. 854, en relación a varios decretos de necesidad y urgencia en general.

(24) C.S.J.N.; LL: 1991-C, pp. 141 y ss.

dió cuenta del dictado del mismo al Congreso, y hasta el momento el parlamento no se ha expedido; motivo por el cual, por elementales razones de seguridad jurídica⁽²⁵⁾, deberá tenerse por válido hasta que aquello ocurra. Dicha solución se impone, máxime ante la ausencia -en aquel entonces- de normativa constitucional que exija del Congreso un pronunciamiento expreso, cuestión esta que en la actualidad se ha superado con la redacción del nuevo artículo 82 de la Constitución Nacional el cual, como ya expresáramos, no cabe aplicar retroactivamente.

También se hallaría cumplido el segundo recaudo exigido por la doctrina de la Corte, por cuanto la crisis económica que se experimentó en el momento fue reconocida por el Congreso Nacional con el dictado de la Ley 23.697 de emergencia económica.

Con todo, también se hace necesario resaltar que si se acepta la categoría de decreto de necesidad y urgencia para el 2.623/91 -criterio que, por los argumentos ya dados, no compartimos-, el mismo tendría rango de ley formal, toda vez que ha venido a reemplazarla con la misma categoría jerárquica.

Finalizando entonces este Capítulo, estimamos que por todo lo expuesto resulta plenamente aplicable a la situación en análisis el Decreto 2.623/91, como ejecutivo de la Ley 23.968.

VI. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 23.968 Y SU DECRETO EJECUTIVO 2.623/91

No sólo sostenemos que las dos soluciones propuestas para los temas en trato -ineficacia del artículo 18 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados frente a la Ley 23.968 y su Decreto 2.623/91, en relación con la Convención del Mar; y el carácter ejecutivo del Decreto 2.623/91 en relación con la Ley 23.968- son las jurídicamente apropiadas; sino que también pensamos que son las soluciones que mejor protegen los intereses de la Nación.

Ello es así pues, obvio resulta aclararlo, la principal fuente de recursos ictícolas de nuestras aguas marinas no se encuentra precisamente entre la milla 1 y la 12 -mar territorial-, ni entre la 1 y la 24 -zona contigua-, sino más bien entre la milla 1 y la 200 -zona económica exclusiva-, que es el espacio marítimo donde, por ende, se realiza la pesca de altura de alguna importancia⁽²⁶⁾. Y esta es, como se advierte, la "ratio legis" de la Ley 23.968 y su Decreto ejecutivo 2.823/91.

Además, como la propia denominación del espacio marítimo lo indica, "zona económica exclusiva", la importancia económica de este ámbito marítimo, debido a su riqueza en recursos naturales, resulta fundamental para justificar en el mismo la jurisdicción del servicio aduanero a fin de controlar el tráfico internacional de las mercaderías de allí extraídas. Ningún sentido tendría si se limitaran las facultades jurisdiccionales de la Aduana a las 24 millas marinas, espacio éste de escasa relevancia económica en comparación con la zona económica exclusiva.

Por lo tanto, es nuestro deber defender esta posición.

VII. STATUS JURÍDICO ADUANERO DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

La extensión de la jurisdicción aduane-

(25) Dictamen del Procurador General de la Nación en "Peralta..."; LL: 1991-G, pp. 170 y 171.

(26) Armas Pfitter...; op. cit.

ra a las 200 millas de la zona económica exclusiva dispuesta por el Decreto 2.623, ejecutivo de la Ley 23.968, guarda suma coherencia con la modificación que esta ley introdujo anteriormente al art. 585 del Código Aduanero, en virtud de la cual toda extracción, con destino al extranjero o a un área franca, de mercadería originaria y procedente de la zona económica exclusiva se considerará como si se tratase de una exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general.

En consecuencia, la zona económica exclusiva, si bien no constituye territorio aduanero general ni especial -motivo este por el que correspondería incluirla en el inciso a) del artículo 3º del Código Aduanero-, si constituye un ámbito arancelario; de allí que el artículo 588 del Código-texto según Ley 23.968- autorice al Poder Ejecutivo a establecer en aquella zona, total o parcialmente, la aplicación -en todo o en parte- del régimen general arancelario y de prohibiciones, aunque en relación a la introducción de mercadería procedente del extranjero o un área franca.

De lo dicho se sigue que también el servicio aduanero requiera en esta zona facultades especiales de control; por lo que correspondería, asimismo, la inclusión de la zona económica exclusiva en el artículo 126 del Código Aduanero.

Por lo expuesto, ninguna duda cabe acerca de la calidad de ámbito arancelario de la zona económica exclusiva; y, por este motivo, al ser de aplicación en este espacio marítimo el Código Aduanero, también sería pertinente incluirlo en el art. 1º de la Ley 22.415.

Para finalizar, dejamos a salvo que las tres modificaciones propuestas al Código Aduanero -arts. 1º; 3º, inc. a); y 126º-, armonizarían el texto del código en concordancia con las reformas ya introducidas por la Ley 23.968 y su Decreto 2.623/91 a los artículos 585, 586, 587 y 588 y con las

aplicaciones jurisdiccionales aduaneras dispuestas para la zona económica exclusiva por los arts. 4º y 5º de aquellas normas.

VIII. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto concluimos:

VIII.1. El espíritu y la letra de la Constitución Nacional repugnan toda idea en virtud de la cual se pretenda cercenar o derogar nuestro derecho interno -para el caso la Ley 23.968 y su Decreto ejecutivo 2.623/91- que se halle en colisión con un tratado suscripto por el Poder Ejecutivo y pendiente de ratificación parlamentaria -en este supuesto la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar-, bajo pretexto de lo dispuesto en la previsión normativa del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

VIII.2. El Decreto 2.623/91 es ejecutivo de la Ley 23.968 de espacios marítimos; y no, como su calificación lo indica, un decreto de necesidad y urgencia. Para el caso de no interpretarse así, y también en pos de la seguridad jurídica, correspondería requerir el urgente tratamiento de aquél por parte del Congreso Nacional.

VIII.3. No aceptar la extensión de la jurisdicción aduanera en la zona económica exclusiva, espacio marítimo de mayor relevancia económica en las aguas nacionales, implicaría tornar abstractas las funciones de la Aduana en el mar argentino.

VIII.4. Para armonizar el articulado del Código Aduanero con las reformas introducidas por la Ley 23.968 y el Decreto 2.623/91, se recomiendan las siguientes modificaciones legislativas:

VIII.4.a) La zona económica exclusiva argentina no forma parte del territorio aduanero general ni del territorio aduanero especial; por lo que correspondería su inclusión en el artículo 3º, inc. a) del Código

Aduanero, a continuación de la expresión "mar territorial argentino".

VIII.4.b) La zona económica exclusiva argentina constituye un ámbito arancelario dentro del cual es de aplicación el Código Aduanero motivo por el cual correspondería su inclusión en el artículo 1º de la Ley 22.415.

VIII.4.c) Como consecuencia de lo expuesto y a fin de precisar las funciones de control de servicio aduanero en la zona económica exclusiva, corresponde agregar

este espacio marítimo dentro del artículo 128 del Código Aduanero, a continuación de la expresión "mar territorial argentino"; así como también sustituir la expresión "Mar territorial argentino" por la de "Mar Argentino" en el titulado del Capítulo Ter-cero -Título II; Sección II- de la Ley 22.415.

VIII.5. Recomendar al Congreso Nacional la no ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.