

# DELITO DE CONTRABANDO E INFRACCIÓN ADUANERA, UN ACERCAMIENTO A SU DIFERENCIACIÓN

POR MARIO A. VILLAR

## SUMARIO

- I.- Introducción
- II.- Delimitación del objeto
- III.- El bien jurídico
- IV.- El ardid
- V.- Dolo y Culpa
- VI.- Ardid e imputación objetiva
- VII.- Conclusión y consideraciones finales

### I.- Introducción

El tema de la delimitación entre contrabando e infracción aduanera, en el Código Aduanero vigente, permite soslayar la discusión acerca de la validez y conveniencia de la distinción entre derecho penal y derecho penal administrativo. Normalmente las ventajas de mantener un sistema infraccional consisten en la celeridad del proceso, por tratarse de un juicio simplificado, y en que la condena no implica una estigmatización del infractor. Sin embargo, esto no puede llevar a ignorar que todas las infracciones administrativo-penales no poseen la misma entidad, la medida del daño social debería implicar una dis-

tinción en las formas procesales para la determinación de responsabilidad <sup>(1)</sup>. Consecuentemente, no sólo el aspecto material sino el procesal deberían encontrarse en el objetivo de una futura reforma a la legislación aduanera.

El problema de la delimitación dogmática entre el contrabando y las infracciones aduaneras en la legislación vigente surge de la falta de claridad para encontrar un índice que marque un punto seguro para la distinción.

El delito de contrabando es una referencia insegura debido a que existen diversos tipos penales de contrabando. El art. 863 de la ley 22.415 contiene una forma del contrabando, el art. 864 establece otras

(1). Este criterio es el sostenido por Thomas Weigend, *The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law*, *Revue internationale de droit penal*, 1988, p. 66 y ss. Para una reseña más amplia de la evolución y teorías acerca de la distinción: Heinz Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, trad. de José María Rodríguez Devesa, EDERSA, Jaén, 1979.

formas de comisión no requiriendo algunas de ellas la existencia de ardid o engaño haciendo esto especialmente difícil la distinción con las infracciones.

Las infracciones tampoco presentan un único punto de referencia seguro debido a la variedad de sus formas, que van desde las que se manifiestan a través de una descripción detallada, como la declaración inexacta contenida en el art. 954 Código Aduanero hasta las menos específicas como las contenidas en los arts. 994 y 995 del mismo texto legal.

La organización del sistema normativo del denominado Código Aduanero es un obstáculo a una definitiva distinción gramatical pero no debe impedir la distinción doctrinaria, que siempre incluye un contenido teleológico porque tiene como sistema de referencia al sistema de la teoría del delito, de lo contrario no cumpliría su función de permitir la articulación de las opciones político criminales señaladas en la ley, aun cuando sea ella misma la que dificulta la mencionada articulación.

Este trabajo intenta encontrar una vía de distinción entre el delito de contrabando y las infracciones aduaneras que permita señalar un camino ascendente desde la infracción hacia el delito, manteniendo dos ámbitos separados, actuando el ámbito de las infracciones como cinturón externo del correspondiente al delito. Este método, en

lo teórico, no en lo estrictamente literal, es avalado por la estructura del Código Aduanero. En su texto se trata a los delitos en primer término y lo residual es abarcado por las infracciones. Desde ya la intención era que el campo infraccional funcionara como el círculo exterior al delito de contrabando, tratando de abarcar toda conducta que implique una anormal tramitación aduanera.<sup>(2)</sup>

Para el análisis de la distinción debemos seleccionar el concepto de delito de contrabando que utilizaremos en la comparación con las infracciones. Se pueden tomar dos conceptos como paradigmáticos:

- 1). "En conclusión, **el sólo hecho** de impedir o dificultar, de la manera que exige la ley, esa función primordial que tiene a su cargo la aduana de verificar toda la mercadería que ingrese o egrese del país, es configurativo de contrabando, con independencia de que alcance o tenga efectos sobre otras cuestiones (fiscales, sanitarias o de seguridad) que sólo constituyen el sustento o fundamento de ese rol que le asigna la ley."<sup>(3)</sup>
- 2). "El control que constituye el bien jurídico del delito de contrabando es aquél que ejerce el servicio aduanero sobre las mercaderías que ingresan o

(2). Podría discutirse si la imagen del "círculo" es adecuada, pues en realidad habría franjas que pueden entrar al círculo del delito sin pasar por el exterior correspondiente a las infracciones. Pero más allá de que esta diferencia quizás se base puramente en una cuestión metodológica es muy probable que las normas contenidas en el art. 994 del C.A. funcionen como normas de clausura del sistema, sin perjuicio de un desarrollo posterior del tema en este trabajo.

(3). Héctor G. Vidal Albarracín, *Código Aduanero*, tomo VII-A, ed. Abeledo-Perrot, p. 67 y 68. Quien acerca del mismo tópico expresa:

*"El actual Código Aduanero continúa en esa línea de precisar más el contenido del contrabando, de manera que quede en claro que lo tutelado no es la recaudación fiscal, ni la regulación de la política económica del Estado en relación con las operaciones de importación o exportación, sino el ejercicio de la función principal encomendada a las aduanas, tal es, el control sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías."*

Concordantemente con este concepto del delito de contrabando existen diversos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal como *Surfabril SRL* (La Ley, suplemento de jurisprudencia penal, del 18/12/95 y *Lanart SACIFI* (Sala I reg. 1189/96).

egresan hacia o desde un territorio aduanero (general o especial), y que esta enderezado única y exclusivamente a posibilitar el ejercicio de las funciones de percibir los tributos específicamente aduaneros, aplicando eventualmente, los estímulos o beneficios correspondientes (devoluciones, reintegros y reembolsos), y haciendo cumplir el régimen de prohibiciones que en relación a las importaciones y a las exportaciones se establezcan."<sup>(4)</sup>

Estos conceptos de contrabando se contraponen en cuanto la prioridad de cada uno se centra, sucesivamente, en el debido control aduanero o en la perturbación del objeto de referencia de las denominadas prohibiciones económicas y no económicas (arts. 609 y 610 de la ley 22.415).

## II.- Delimitación del objeto

El objeto de este comentario consiste en tratar de establecer el límite entre el delito de contrabando y las infracciones aduaneras.<sup>(5)</sup> Es evidente que por delito de contrabando se entienden diversas formas de ilícitos tal como se manifestara en la introducción. Sin embargo, la forma de encarar la distinción, adoptada en lo que sigue del trabajo, será partiendo del delito de contrabando regulado en el art. 863 del Código Aduanero como objeto de uno de los extremos de la oposición de conceptos.

Esta decisión se funda en que el tipo penal contenido en el artículo citado es considerado, por una parte de la doctrina como forma genérica y subsidiaria de las descripciones del art. 864 de la misma ley<sup>(6)</sup> y, por otra parte, aun cuando no lo defina de esa forma coincide en no considerarlo como tipo básico en el específico sentido de esa alocución.<sup>(7)</sup>

La distinción con las formas contenidas en el art. 864 se establece literalmente, es decir por su propia especificidad, pero el 863 al ser una descripción con un mayor grado de abstracción colisiona con descripciones de las infracciones confundiendo sus ámbitos normativos.

## III.- El bien jurídico

El bien jurídico cumple la función de ser el momento fundamentador del contenido material del injusto en el ámbito de las descripciones típicas. Las teorías que partieron de la obediencia a la norma como fundamento de la norma penal deben buscarse, en su estado puro, antes del siglo XVIII.

Las variaciones en cuanto al significado de bien jurídico, de objeto de protección y objeto de la acción no impiden mantener la hipótesis de que para poder establecer una prohibición debe protegerse con ella a un valor social, la conducta puntual debe ser socialmente nociva y con relación a un valor que se pueda determinar<sup>(8)</sup>.

(4). Cf. Pablo Humberto Medrano, *Delito de contrabando y comercio exterior*, ed. Lerner, Buenos Aires, p. 175.

(5). Este trabajo no pretende entrar en una discusión que no tiene solución, la que consiste en establecer la diferencia entre infracción y delito. Sólo trataremos de distinguir dentro de la normativa penal-aduanera.

(6). Cf., entre otros, Pablo Medrano, op. cit., p. 205; Scelzi-Gottifredi-Alais, *Delitos Aduaneros*, Lerner, Buenos Aires, 1983, p. 35.

(7). Pedro E. Fernández Lalane, *Comentarios al Código Aduanero (ley 22.415 y su reglamentación)*, tomo II, ed. Guía Práctica del Importador y Exportador, 1988, p. 54.

(8). Para un excelente resumen de las distintas posturas acerca del concepto de bien jurídico: Miguel Polaino Navarrete, *recensión al libro de Knut Amelung "Protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad. Investigaciones sobre el contenido de un principio del Derecho Penal y el ámbito de aplicación del mismo a los fundamentos histórico-dogmáticos. Al mismo tiempo, un informe sobre la teoría de la "necividad social" del delito"*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), mayo-agosto, 1973, Madrid, p. 439 y ss.

El control aduanero no es en sí un valor a diferencia de la vida en el homicidio o la propiedad en el hurto. Esta no es una pugna traducible en la dicotomía disvalor de acción o disvalor de resultado, pues en ambas posturas el bien jurídico es esencial. Para los llamados "subjetivistas" detrás de la norma siempre debe existir una valoración primaria positiva que da origen al bien jurídico, que haya objeto de protección a lesionar o no al momento de realizar la acción es algo diferente y pertenece a otro plano de discusión.

La Corte suprema de Justicia de la Nación ha expresado que el bien jurídico del delito de contrabando es:

"... dentro de la concepción actual del derecho penal económico, la finalidad de la figura de contrabando no es primordialmente la preservación de la renta fiscal...sino la preservación de los objetivos de política económica fijados por el Estado en su carácter de órgano rector de la economía nacional."

"Que en consecuencia, cabe entender que el legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal, pues lo determinante para su incriminación es que tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas."<sup>(9)</sup>

"...toda forma de ocultación y todo acto tendiente a substraer una mercade-

ría a la verificación aduanera es contrabando, aun cuando no existiere la posibilidad de perjuicio fiscal."<sup>(10)</sup>

Para la mayoría de los autores el contrabando es un delito de resultado. En realidad, si el bien jurídico protegido es el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas la consumación del delito ocurrirá cuando se lo lesione pero ello no significa que se trate de un delito de resultado propiamente dicho.<sup>(11)</sup> La lesión se produce en el plano ideal y no fáctico.

Esta categoría de delitos se caracteriza por la modificación en el objeto de protección del bien jurídico y este objeto debe ser de naturaleza material o bien un efecto de la conducta que se encuentre más allá de su propia ejecución.<sup>(12)</sup>

La modificación de los estados de los objetos de bien jurídico o de los sustratos objetivos de los bienes jurídicos hacen al delito de resultado. Sostener que cualquier "modificación metafísica" asequible desde el plano lingüístico implica un resultado de los admitidos para el concepto de "delitos de resultado" haría perder el límite con los delitos de pura actividad.

El delito de contrabando es de resultado si se mira al bien jurídico como la lesión de los valores subyacentes a las prohibiciones contenidas en los arts. 609 y 610 de la ley 22.415. Los bienes por ellas tutelados son tangibles, representan algo más que su formulación pudiendo ser reconducidas hasta una valoración primaria con contenido propio. El control aduanero es algo instrumental y que no puede ser obje-

(9).Las dos transcripciones textuales fueron extraídas del fallo "Cinopa S.A.". A pesar de que en este fallo no estaba en cuestión directa el concepto de bien jurídico, sino la de si el desistimiento de la tentativa era admisible en el sistema de la ley de aduanas, la referencia es hecha en el voto por separado del Ministro Enrique Petracchi -fallos 311:372, cita de la p. 389-.

(10).Cf. Fallos 187:214 y 213:120.

(11).Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, cuarta edición, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, España, p. 238.

(12).Günter Stratenwerth, *Derecho Penal, parte general, el hecho punible I*, trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, ps. 78 y 79. Aunque Stratenwerth circunscribe ese efecto al marco de la tipicidad:

to de una valoración positiva, a diferencia de la salud pública o, en lo que a tributos aduaneros se refiere, el erario público o, como concepto dinámico, la hacienda pública.

La doctrina del bien jurídico es compatible con la idea de delitos de peligro, el contrabando puede consumarse sin una lesión a la renta, a la salud pública, etc., siempre que tales objetos de bien jurídico sean sometidos a un peligro concreto<sup>(13)</sup>. Pero no puede por la vía de sostener que el control es el bien tutelado convertir al delito de contrabando en un delito de "peligro abstracto" con relación a los bienes jurídicos que subyacen a las normas contenidas en los arts. 609 y 610 del Código Aduanero<sup>(14)</sup>.

Este camino de interpretación es paralela a la distinción entre bienes jurídicos que se relacionan con la base de la existencia del sistema social y los que se vinculan con su funcionamiento. Estos aseguran las condiciones de existencia de los primeros.

Entre los bienes de funcionamiento el que protegen los delitos económicos es el orden público económico. Con este bien jurídico se protege, indirectamente, a los bienes jurídicos concretos, si se sancionan las quiebras fraudulentas se protege el patrimonio de los acreedores<sup>(15)</sup>.

La justificación de cada prohibición se encuentra en esos bienes fundamentales, lo

contrario significa subordinar el bien jurídico a la prohibición o al mandato de conductas. Sería una paradoja que el bien jurídico no sea anterior a la norma sino creado por ella.

La visión del delito de contrabando como de peligro abstracto resulta contraintuitiva cuando se considera que el dificulta o impide el control sin peligro concreto para un bien determinado es pasible de sufrir una condena de seis meses a ocho años mucho mayor que la estipulada para el homicidio culposo -seis meses a tres años-, siendo que la diferencia de escalas no puede pasar por el dolo o la culpa pues existen diversos delitos dolosos que estipulan penas menores que el contrabando, entre ellos el rapto, el robo -en su máximo-, las lesiones graves, etc.. El legislador debe haber intentado proteger con el delito de contrabando algo más importante que el hábito de obediencia<sup>(16)</sup>.

En general no se repara demasiado en que los llamados "delitos de resultado" no se identifican con el disvalor de resultado en toda su extensión. Este último comprende, según la doctrina mayoritaria, al peligro que entraña la conducta del autor, que no puede reemplazar al resultado para la conformación de esa especie de delitos, sin embargo el resultado sin peligro proveniente de una conducta no significa un disvalor jurídico-penalmente relevante, el pe-

*"...a todo efecto de la acción prohibida comprendido en el supuesto de hecho típico, que va más allá de la ejecución de la misma."*

(13). Con relación al "peligro concreto" de lesión aquí entra a considerarse la imputación objetiva de riesgos para su aplicación, por ejemplo, dentro de una teoría material-objetiva de la tentativa.

(14). En el texto se discute utilizando el concepto "delitos de resultado" sin introducir el debate acerca de si existen delitos de resultado o si este último no integra el concepto de ilícito o delito. Esta cuestión entorpecería la comprensión del problema puntual que se discute en el texto, además de ser la forma habitual de expresión.

(15). Hernán Hormazábal Malarée, *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español*, publicado en *Hacia un derecho penal socioeconómico europeo -jornadas en honor al Prof. Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 1992, p. 187 y ss.

(16). Aquí la expresión "hábito de obediencia" se utiliza apartándose en cierta medida de la misma noción utilizada por Hart, pues el requiere del hábito una cierta espontaneidad y no sólo su ocurrencia por obligación normativa, sin embargo algunas de sus consideraciones serían aplicables a la idea del texto (Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-perrot, Buenos Aires, 1977, p. 64 y ss.).

ligro por sí será relevante si el concepto de tentativa requiere del mismo (teoría material-objetiva). Sin embargo, es menos complejo tratar al resultado como exclusivamente referido a la lesión material del objeto de bien jurídico y reservar el peligro para tratarlo como un disvalor de acción objetivo, esto es lo que hace la teoría de la imputación objetiva<sup>(16)</sup>. Esta opción permite vincular el peligro con la acción u omisión y así crear una referencia más segura para el dolo y consecuentemente para el error de tipo.

El juicio de valor primario sobre el estado de cosas objetivo que conforma la base del concepto de bien jurídico, tanto en la teoría personal del ilícito de *Armin Kaufmann* como en la de *Diethart Zielinski*, no se encuentra especificado en cuanto a sobre que puede recaer esa valoración. La referencia a la "situación de hecho objetiva" parece indicar a lo que se encuentra en el mundo real delante del autor que realiza la conducta<sup>(17)</sup>. Sin embargo parece apropiado interpretarla como referida a la existencia de algo materialmente identificable; así Zielinski describe el concepto de juicio de valor primario a través de la proposición: "lesiones al (objeto de) bien jurídico deben no ser"<sup>(18)</sup>.

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 ni disvalioso sólo se sabe si lo es cuando

tiende a proteger un valor.

El delito de contrabando es de resultado si adoptamos la postura que el bien jurídico sólo puede fundarse en los juicios primarios que recaen sobre los motivos de las prohibiciones contenidas en los arts. 609 y 610 del C.A. Así la capacidad de rendimiento de este concepto de delito de contrabando es mucho mayor que la concepción encubierta del delito de peligro abstracto. Esta potencialidad se refleja en una reducción del ámbito de la punibilidad -por delito- por agregación de un elemento al tipo garantía y por la posibilidad de graduar el punto de infracción a la norma, es decir permite optar con razones objetivas por el delito o por la infracción aduanera.

Para llegar a la atribución por el delito se requerirá una mayor agresión al objeto de bien jurídico y en consecuencia al propio bien jurídico.

La exigencia absoluta de lesión para la consumación, o peligro para la tentativa, sólo operará en la medida que lo que se pretenda imputar sea la transgresión al ámbito normativo del delito. La violación de la formalización "control aduanero" puede ser considerada suficiente para el ámbito de las infracciones. Esta distinción genérica marca los campos mínimos para hablar de uno u otro ámbito, el legislador cumplido este standard podrá agregar elementos como la propia lesión del objeto de bien jurídico para la infracción, tal como lo hizo con la de declaración inexacta (art. 954 de la ley 22.415)<sup>(19)</sup>.

(16). Referencias a la idea de Honig con relación a la "finalidad objetiva" o a la "posibilidad objetiva de pretender" pueden verse en: Claus Roxin, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en *Problemas básicos del derecho penal*, de Reus, Madrid, 1976, p. 129 y 130.

(17). Diethart Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito.*, trad. Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 140. También en este sentido Marcelo Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 39.

(18). Diethart Zielinski, *op. cit.*, p. 139.

(19). La cuestión de si una infracción requiere la lesión del objeto de bien jurídico o si basta con una abstracción como el control aduanero excede la distinción que se puede originar en los datos que la ley vigente permite

La cuestión siguiente es dilucidar como diferenciar uno y otro campo cuando el legislador incluyó la necesidad del perjuicio en la infracción.

#### IV.- El ardid

La distinción entre delito de contrabando e infracción aduanera podría alojarse en el requisito del tipo penal de contrabando consistente en el ardid o engaño<sup>(20)</sup>.

La mayor dirección a la lesión del bien jurídico se refleja en la existencia de un ardid. El ardid y el engaño que integran el tipo del delito de contrabando pueden derivar de una preparación más o menos esmerada de la situación para producir el error en el control aduanero posibilitando la lesión del objeto de tutela.

En las infracciones puede existir un engaño, falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer que posibilite la burla al control aduanero. Incluso un ardid en el sentido del "despliegue de medios engañosos simulando o disimulando frente a la víctima una realidad, cualquiera sea la forma o procedimiento que se utilice para hacerlo". En el texto legal el engaño se encuentra equiparado al ardid.

Determinar cuando hay ardid o engaño, pues, por ejemplo, el supuesto de declaración inexacta puede realizarse intencionalmente, siendo el silencio suficiente para considerar la existencia de cuanto menos de un engaño, aunque no llegue a ardid.

Se supone que si lo que define al contrabando es el ardid o engaño las infraccio-

nes no pueden ser realizadas utilizando un procedimiento de esa naturaleza.

Si al contrabando le quitamos el perjuicio de orden económico y no económico y también le quitamos, de su campo exclusivo, el ardid o engaño y si las infracciones pueden ser realizadas con dolo no hay forma de diferenciar al contrabando del art. 863 de las infracciones en los casos en que no hay perjuicio y la conducta se realizó en forma dolosa.

La distinción en consecuencia no debería pasar, exclusivamente, por el ardid o engaño sino por la afectación del bien jurídico material, es decir la afectación en la forma perjuicio al objeto de las prohibiciones, **con un ardid mayor que la declaración inexacta o ardid en sentido fuerte.**

Alchourrón y Bulygin tratan de distinguir entre permisón o prohibición en sentido fuerte y en sentido débil<sup>(21)</sup>. Prohibido o permitido en el primer sentido se refiere a aquella conducta que es descripta por una norma sea prohibiéndola o permitiéndola. Si el sistema jurídico no contiene una permisón de la conducta esta lo es en sentido débil siempre que el principio de clausura diga que lo no prohibido esta permitido. Este principio basa el concepto de permisón en sentido débil y deja de lado el de prohibición de igual carácter.

La distinción entre una infracción y el contrabando puede pasar por la mayor afectación del bien jurídico,<sup>(22)</sup> pero esto ocurre siempre que hay delito pues el aspecto cuantitativo debe ser mayor en el delito. El dificultar más el control puede pro-

extraer. Aquella es una decisión que depende de un esquema teórico general de distinción entre delito e infracción y los límites del sistema de garantías penales.

(20). Pablo Mourier, *Nuevas reflexiones sobre el contrabando*, Revista de Estudios Aduaneros año III n 5, p. 21 y ss. Con expresa relación al tema "ardid: Gladys Romero, *Los elementos del tipo de la estafa*, Lerner, 1985; Hernán Prepelitchi, *El ardid en el tipo de la estafa*, inédito, 1997.

(21). Carlos E. Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. Astrea, Buenos aires, 1987, p. 171 y ss.

(22). Esta es la postura que esboza Vidal Albarracín en la diferenciación entre infracción de equipaje y contrabando (*Límite entre la infracción de equipaje y el delito de contrabando cometido por vía de equipaje*, La Ley, suplemento de jurisprudencia penal del 27 de octubre de 1995, p. 2.

venir de la existencia de un ardid o de su mayor relevancia dentro de la conducta realizada. Es posible sostener que la falta de información veraz es en sí un ardid o engaño, sin embargo cuantas más barreras permita superar el ardid mayor relevancia deberá tener dentro de la conducta ejecutada.

El ardid es el marcador de la mayor afectación o, más precisamente, de la mayor dirección a la afectación.

La infracción descrita en el art. 994 inc. c) es bastante gráfica de la cuestión de la necesidad de perjuicio en las infracciones aduaneras. En ella se habla del que impidiera o entorpeciera la acción del servicio aduanero. Podría decirse que está referida a la acción de alguien que no realiza ardid y que luego por medios materiales trata de lograr eludir el control aduanero o de una persona que actúa impidiendo la investigación de un delito ya realizado. Sin embargo la norma no especifica la forma o medio de entorpecimiento o impedimento, el ardid es una forma fuerte de hacerlo, incluso quien declara en forma inexacta -ardid débil- cumple con el tipo infraccional en cuestión.<sup>(23)</sup> La única vía de que no se superponga con todas las demás infraccio-

nes es distinguirla porque no requiere ardid en sentido fuerte y el sólo ardid en sentido débil basta a diferencia de la declaración inexacta que, además de ardid débil, exige perjuicio<sup>(24)</sup>. Las normas contenidas en los arts. 994 y 995 del C.A. constituyen la cláusula de cerramiento del marco de las infracciones, la forma de completar el círculo. Pero, a su vez, es la forma de decir que el contrabando requiere además de un ardid en sentido fuerte el perjuicio, porque sin perjuicio o peligro para el bien jurídico real -no sólo el deber de obediencia- estamos frente a una de las formas infraccionales del art. 994.

Del conjunto de infracciones puede deducirse cuál es el alcance del delito de contrabando, así puede formularse una teoría coherente del ámbito de protección de las normas del código aduanero (del universo de casos en la forma de Alchourrón y Bulygin).

Cuando la declaración inexacta deja de serlo para entrar en el ámbito del contrabando tiene que ver con la realización de una conducta complementaria a la simple declaración inexacta. Esta conducta puede consistir en la inserción de una factura fal-

(23). El tipo penal que contiene el inciso citado se aplica a conductas no abarcadas por los demás previstos en el título referido a las infracciones aduaneras (subsidiaridad expresa). A su vez, la exposición de motivos destaca la independencia de las sanciones disciplinarias de la pena de multa con lo cual no restringe las conductas abarcadas por la norma a las que deriven de incumplimientos de solicitudes de información para la investigación de ilícitos distintos a la conducta que esta norma prevé. En cuanto a la otra norma de cerramiento o, en la terminología de la exposición de motivos, fórmula residual ella es más compleja pues por un lado exige peligro de perjuicio fiscal o su producción y por el otro que afecte o hubiera podido afectar el control aduanero. Este doble sentido parece un reflejo de las discrepancias en los conceptos de contrabando diferenciados en el primer apartado de este trabajo. En el artículo citado la cuestión del peligro o lesión del patrimonio de la aduana es superficial, debido a que si se lesionó o se puso en peligro la renta fiscal se debió necesariamente afectar el control aduanero. Pero es relevante en el sentido que permite considerar que la existencia de ardid en ocasiones puede llevar a tratar la conducta como una infracción porque sólo se afectó el control aduanero y en los casos en que existió un simple engaño, falta de ardid o engaño equiparable a él, con perjuicio o peligro para la renta fiscal también se considerará como una infracción. El motivo de este tratamiento reside en la falta de combinación de ardid y perjuicio real como se expondrá en el desarrollo subsiguiente.

(24). La distinción podría hacerse con el art. 995 que considera suficiente para su consumación el peligro de perjuicio fiscal o de afectación del control aduanero. Más allá de que la esta norma convierte a un tipo de peligro abstracto -control aduanero- en uno de peligro concreto del peligro abstracto, con lo cual es doblemente abstracto. La intención del legislador fue la idea de crear un peligro concreto pero como el control aduanero es en sí una abstracción.

sa o cualquier otra forma documental o no documental de mantener la apariencia de veracidad de los términos de la operación aduanera. **Si la conducta subsiguiente implica un favorecimiento de la falsedad allí hay un ardid en sentido fuerte, el engaño requiere lo mismo que el ardid. El simple engaño logrado por la sola declaración inexacta no es el que se equipara al ardid.** El engaño debe hacer ver como verdadero algo, es decir debe crear determinadas condiciones para hacer parecer verdad lo que no lo es. Esta distinción se funda en el principio aristotélico de la verdad como correspondencia.<sup>25</sup> Esta teoría se refiere a la verdad de un enunciado con relación a la situación de hecho al igual que la cuestión del simple engaño y el ardid o engaño, el primero se corresponde con la definición de Aristóteles, pero **si se hace creer que lo afirmado con la primera conducta es verdad mediante otra conducta, o un distinto fragmento de la conducta única, estamos frente al ardid o engaño a que se refiere el tipo penal de contrabando.** El simple engaño es una mentira que no resiste la más mínima prueba empírica acerca de su veracidad. Es decir encuadra en la teoría de la correspondencia como formulación y a su vez no resiste la prueba empírica, la falsedad se determina con la más simple comprobación, en cambio la falsedad del ardid requiere para ser demostrada un mayor esfuerzo debido a que se la recubrió con una apariencia de veracidad con una segunda conducta o un acto complementario que puede ser parte de la misma conducta (unidad de acción)<sup>26</sup>.

Sin lesión a estos valores derivada de

esa forma de ardid no podría haber contrabando sino simplemente una infracción. El monto del perjuicio no es relevante para la distinción, salvo en lo que sirva de indicio de la posibilidad de un ardid mayor que el de la declaración inexacta.

Los "ardides" que fundan una declaración no veraz se deben distinguir de los que implican una declaración más ocultamiento u ocultamiento sin declaración. Estos últimos llevan al delito de contrabando.

La cuestión que queda implicada es: ¿si podemos distinguir por el ardid necesitamos un perjuicio?. La respuesta afirmativa es evidente en tanto que si se exige una conducta más disvaliosa ella debe ser más próxima a la lesión del bien jurídico; si este bien sólo fuera el resguardo del control ambas lo afectan por igual, hay una mayor capacidad de lesividad en la acción con **ardid en sentido fuerte.** Sin embargo, si el objeto es el control ambos lo burlan de igual manera, siendo que no hay grados con relación a deberes formales.

**La distinción podría formularse de la siguiente manera:**

1. **Ardid en sentido débil o fuerte sin peligro o perjuicio real (sola afectación del control aduanero) lleva a una infracción de las del 995;**
2. **Ardid en sentido débil con peligro de perjuicio fiscal o perjuicio fiscal efectivo lleva a una infracción del 995 si no se da una del 954 (subsidiaridad expresa);**
3. **Ardid en sentido débil o fuerte sin peligro real lleva a la infracción descrita en el art. 994 inc, c);**

(25). "Decir que lo que es no es y que lo que no es, es falso; mientras que decir que lo que es y que lo que no es no es, es verdadero". Este enunciado representa una forma de la correspondencia como correlación, existe otra variante tal como la correspondencia como congruencia pero no es necesario recurrir a ella para explicar la relación que pretende evidenciar el texto (Martín Gardner, *Los porqués de un escriba filósofo*, Barcelona, 1989, p. 36; Richard L. Kirkham, *Theories of Truth. A Critical Introduction*, London, 1997, p. 119 y ss.; *The Oxford Companion to Philosophy*, Bath, 1995., p. 166.

(26). Con relación a la cuestión de la corroboración: Hilary Putnam, *La "corroboración" de las teorías*, en *Revoluciones científicas*, comp. Ian Hacking, trad. Jaun J. de Utrilla, ed. FCE, México, 1985, p.116.

4. **Ardid débil con perjuicio económico lleva a la declaración inexacta del art. 954 incs. a) y c);**
5. **Ardid débil sin perjuicio económico, con transgresión de una prohibición, lleva a la declaración inexacta del art. 954 inc. b);**
6. *Ardid fuerte con perjuicio económico o no económico a los objetos de bien jurídico que subyacen a las prohibiciones de los arts. 609 y 610 hace aplicable la norma de contrabando.*

#### V.- Dolo y culpa

El aspecto subjetivo del delito de contrabando es el menos problemático pero se le dedica este apartado a fin de debatir si la diferencia entre delito e infracción puede pasar por el ámbito subjetivo del tipo penal <sup>(27)</sup>.

Parte de los autores sostienen el criterio de distinción fundado en que las infracciones tienen como requisito subjetivo necesario la culpa. A su vez, se podría sostener una tesis aun más estricta, las infracciones no pueden ser cometidas dolosamente. La primera proposición habla de la culpa como elemento necesario pero no como única posibilidad de configuración subjetiva de las infracciones <sup>(28)</sup>.

En los casos en que existe culpa habrá infracción, en los que existe dolo volvemos al problema de distinción, pues la in-

fracción debe ser realizada con el contenido subjetivo atribuido a la culpa pero puede contener el requerido para el dolo debido a que no existe ninguna limitación para las infracciones dolosas en la ley ni se afecta principio alguno pues el principio de *numerus clausus* de los delitos culposos en nuestro ordenamiento tiene como correlato el principio contrario con relación a los delitos dolosos. Esto hace en definitiva reducir el marco del problema a los casos de infracciones cometidas dolosamente.

Aun cuando el ardid exceda la exigencia del tipo infraccional su núcleo de simple engaño requerido por la infracción es separable de lo que excede esa finalidad y podría pasar al campo del delito. Siempre que se cumpla con la relación de daño del bien jurídico. Lesión que por sí sola no es definitiva del contrabando, pues el delito necesita algo más y esto es la referencia del dolo al ardid propiamente dicho, con lo cual la verdadera distinción reside en fijar cuando existe ardid y luego definir su correcta referencia subjetiva.

#### VI.- Ardid e imputación objetiva

Para completar el cuadro del delito de contrabando se podría buscar el método de selección de las conductas que cubren los requerimientos del tipo objetivo de contrabando mediante un método de distinción como es la teoría de la imputación objetiva. <sup>(29)</sup>

(27). A pesar de que metodológicamente sería más adecuado seguir el escalonamiento de elementos objetivos para continuar con el desarrollo del tema elijo este orden de exposición por la función que le será asignada a la teoría de la imputación objetiva en el apartado correspondiente.

(28). La resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso *Surfabril S.R.L.* utiliza un argumento similar pero con relación al especial elemento subjetivo requerido por el tipo contenido en el art. 864 inc. b). Esta distinción es relevante pues aquí juega una de las particularidades de los tipos específicos distintos del contenido en el art. 863.

(29). Esta interpretación de la teoría de la imputación objetiva como método para seleccionar las conductas que se corresponden con el tipo objetivo es una nueva forma de ver a esta teoría. No se trata de que ella integre el tipo objetivo sino que sea un metalenguaje para reconocer la existencia del tipo objetivo de un presunto ilícito. Especificación o determinación de riesgo relevante, relación de riesgo con el resultado o del peligro a que se refieren las normas penales son sólo formas de arribar a lo que el tipo penal trata de captar. Armin Kaufmann propiciaba que la teoría de la imputación objetiva podría encontrar una función válida en la selec-

Aun cuando la teoría de la imputación objetiva haya sido desarrollada con base en la teoría teleológica del bien jurídico, esta teoría podría exigir que el peligro creado por la conducta del autor o del partícipe posea el grado de realización del ardid (en sentido fuerte). El riesgo especificado<sup>(30)</sup> de esa forma permitirá imputar un tipo de contrabando y no sólo una infracción.

Esta metodología requeriría, como mínimo, que el peligro excediera la lesión de un deber de obediencia pues el principio que veda la aplicación de penas corporales por esa clase de incumplimiento exigiría un bien jurídico real.

Este requisito viene de fuera del tipo penal del contrabando, pero de dentro de la fuente del llamado "control aduanero". Este concepto es una derivación de la necesidad de tutela de ciertos bienes a través de una única formulación típica o cuando menos de una única categoría de ilícito por eso la abstracción es sólo funcional o, como se suele llamar "de técnica legislativa", pero no esencial. Si el control como conglomerante de los otros bienes es el único que sufre menoscabo no hay justificación de aplicar una pena de privación de la libertad. En las multas o desposesiones de la mercadería -comiso- no hay lesión de ese principio pues el deber formal puede ser protegido como peligro abstracto. Esta puede considerarse una forma válida de fortalecimiento de expectativas.

El dificultar el control aduanero es una proposición que reemplaza a los objetos que ella representa, si el objeto que evoca es sólo el control de una persona sobre las mercaderías de quien entra o sale del país la prohibición no estaría justificada, si en

cambio permite remitir a otros objetos -primarios- la norma se justifica en su protección.

El ardid es parte de la conducta y como tal incrementa el riesgo de afectación al control aduanero (resumen de la afectación a diversos bienes jurídicos) el riesgo prohibido es el que se genera por un ardid en sentido fuerte. Esta es una forma de especificación del riesgo aceptada aceptadas en el marco de la imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva es un instrumento para la selección de la "calidad" delito, infracción o conducta lícita. Si el peligro específico requerido -peligro de lesión de una prohibición- se da juntamente con la especificación de que haya un ardid en sentido fuerte el peligro jurídicamente desvalorado existe y el ámbito de protección violado se corresponde con el de la norma de contrabando.

Por otra parte, debe considerarse que el resultado debe ser la concreción del riesgo creado por el ardid. Puede existir un ardid en sentido fuerte y no ser el motivo determinante de que se haya impedido o dificultado el control aduanero. En este caso puede existir una tentativa de contrabando aun cuando se encuentre vulnerado el control aduanero, e incluso el verdadero bien jurídico, en concurso con una infracción.

La creación de un riesgo jurídicamente desvalorado dependerá de la idoneidad objetiva del ardid para producir el engaño. En este punto cabe acotar que el standard del sujeto objeto del engaño es siempre fijo pues se trata de un organismo público y se supone que no hay una selección del sujeto pasivo a diferencia de la estafa en esta debe evaluarse la idoneidad del ardid

ción de los tipos de la parte especial (*Atribución objetiva en el delito doloso*, ADPCP 1985, p. 807), quizás esta forma de verla como metalenguaje con relación al (meta) lenguaje referido al tipo penal sea una forma de seguir esa recomendación.

(30). Las cuestiones de especificación del riesgo y del resultado las he expuesto en "*Dogma causal y objetivismo tardío: la teoría de la imputación objetiva*", *Doctrina Penal* n° 57/58, 1992, p. 91 y ss.

por las características de la víctima del mismo.<sup>(31)</sup>

**En este punto se destaca una faceta del componente "control aduanero", este es necesario para la intermediación en el nexo de imputación entre la conducta y el resultado.**

Las relaciones de riesgo tienen cierta similitud con las de la estafa<sup>(32)</sup>. La primera relación de riesgo se dirige a la conducta en su relación con el error provocado en el servicio aduanero por medio de quien o quienes lo representen formalmente<sup>(33)</sup> y la segunda se refiere a ese engaño y a la lesión del objeto de bien jurídico. Así aparece como relevante la formulación intermedia relativa al control aduanero, pues todo tipo que requiere un ardid debe tener un referente en el destinatario del ardid además de la lesión al objeto de bien jurídico.

## VII.- Conclusión y consideraciones finales

La cuestión del bien jurídico puede resumirse, desde una perspectiva del sentido común como una pugna de intereses entre lo que podemos tolerar que el estado nos prohíba con relación a un beneficio a terceros o social. En el caso del contrabando, hasta donde toleramos que se proteja a la renta, la salud pública, etc. con relación a nuestro derecho a circular libremente incluyendo la libertad de poseer y transportar objetos materiales e intelectuales<sup>(34)</sup>.

Si la pugna se plantea con relación a

la facultad del estado de controlar como fin primordial, el punto de inflexión pasaría mucho más abajo de la pena de prisión. Es decir, nadie soportaría una pena de prisión o su amenaza por violar el interés del estado en controlar las importaciones y exportaciones. La postura que indica que el bien jurídico es el control debería acotar legislativamente lo más posible el ámbito del delito de contrabando porque perdería capacidad de graduar rangos de necesidad y merecimiento de castigo y de lo contrario convertiría a casi toda tramitación irregular en delito de contrabando.

Un deber formal no habilita a derivar castigos corporales -privación de la libertad- de su incumplimiento. Los casos en que no existe peligro o perjuicio concreto no pueden derivar en delito de contrabando sin que haya una motivación basada en prohibiciones económicas o no económicas como fuente de la valoración primaria que da lugar a la norma prohibitiva o imperativa.

Si el bien jurídico debe reflejarse en objetos de bien jurídico las referencias materiales de las prohibiciones constituyen ese objeto. Hasta aquí un elemento **externo** al tipo penal, aun cuando fundamental como motivante de su existencia, es el referente de la distinción.

Sin embargo esto no es suficiente para delinear al delito de contrabando aun hace falta separar los distintos ámbitos de protección de las normas y el punto por el que

(31). Mercedes Pérez Manzano, *Acercu de la imputación objetiva de la estafa*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año II, números 1 y 2, 1996, p. 240.

(32). Mercedes Pérez Manzano, *op. cit.*, p. 256 y 257.

(33). La idea de la prohibición de regreso no es de aplicación simple en la clase de delitos que requieren ardid pues la conducta del agente de aduana si es culposa realiza el tipo referido bajo el epígrafe "actos culposos que posibilitan el contrabando". En la estafa el patrimonio es propio, aun cuando hay casos de "estafa en triángulo" en los cuales si no hay participación dolosa de la persona que dispone por otro la conducta culposa es atípica. La prohibición de regreso no es de aplicación en el contrabando pues la posibilidad del engaño en la persona que representa al control aduanero es presupuesta para la consumación, la prohibición de regreso podría actuar con un tercer interviniente ajeno al hecho descrito por el tipo penal.

(34). Los elementos intelectuales aun cuando posean un soporte físico distinto a ellos constituyen una mercadería que podría ser incluida dentro de la referencia de las normas de la ley 22.415.

pasa esta distinción es el concepto de ardid. El llamado ardid en sentido fuerte se constituye así en el valuarte **interno** del tipo penal del contrabando.

La conducta que conforma el ardid debe encadenarse con la lesión del objeto

de bien jurídico y esta función la cumple la teoría de la imputación objetiva, no considerada como parte -interna- del tipo sino como método de determinación, **por fuera**, de la existencia de sus elementos objetivos.