



Poder Judicial de la Nación

SALA "A"
LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
Nº 113 FOLIO 139 AÑO 2011

“SILVA MARQUES, JOSÉ SOBRE INFRACCIÓN LEY 22.415 EN TENTATIVA”.

Causa Nº 61.429, Folio 32, Nº de orden 27.105. Juzgado Nacional en lo Penal Económico Nº 7, Secretaría Nº 14; SALA “A”.

gs

///nos Aires, 18 de marzo de 2011.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la señora agente fiscal contra la resolución que dispuso el sobreseimiento de José Silva Marques.

La memoria escrita presentada por el Fiscal General en sustento del recurso.

El escrito del letrado defensor de Silva Marques en procura de que se confirme lo resuelto.

CONSIDERARON:

Los Dres. Hendler y Repetto:

Que lo resuelto se funda en que el hecho que fue materia de instrucción no encuadra en una figura legal.

Que la apelante sostiene que el imputado es responsable del delito de contrabando, en grado de tentativa, al haber intentado llevar consigo en viaje al exterior una cantidad de moneda extranjera, cuarenta y seis mil dólares, sustrayéndola del control aduanero.

Que, como se ha señalado en diversos precedentes de este Tribunal, los instrumentos meramente representativos de valores dinerarios no constituyen mercaderías susceptibles de importación o exportación, salvo que se trate de compras o ventas de billetes hechas por entidades emisoras (conf. Reg. 260/05, 187/06, 667/08 entre otros de esta Sala “A”).

Que la ley aduanera describe el delito de contrabando refiriéndolo a las funciones de control sobre importaciones y exportaciones (conf. artículo 863 del Código Aduanero).

Que, como ha sido señalado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, esas funciones de control son distintas de las que se refieren

al control de cambios y “no cualquier acto que afecte la actividad estatal en materia de policía económica puede ser considerado contrabando” (conf. Fallos 312:1920, considerando XV). Además, en dicho precedente se señala que 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 Nacional (conf. Fallos 319:1920 considerando XVIII).

Que, por otra parte, de las actuaciones de prevención elevadas a conocimiento del juez no surge ninguna sustracción al control del servicio aduanero. Por el contrario, la forma en que el imputado transportaba el dinero incautado, es habitual cuando se trata de esa clase de valores. Además, del expediente surge que el imputado se sometió a su revisión y que espontáneamente manifestó la cantidad de moneda extranjera que transportaba.

Que ese comportamiento no puede entenderse, en sí mismo, configurativo de delito. El artículo 864, inc. a) del Código Aduanero se refiere a quien de cualquier modo sustrajere mercadería al control que corresponde ejercer al servicio aduanero.

Que lo expresado no es óbice a la intervención que quepa acordar a la autoridad administrativa encargada del control de egreso de fondos del mercado local de cambios. Tampoco es óbice para que pueda darse curso a la investigación del origen del dinero por eventuales hechos de encubrimiento o lavado de activos de acuerdo a lo previsto en los artículos 277 a 279 del Código Penal.

Que, en esas condiciones, la resolución apelada se ajusta a derecho.

El Dr. Bonzón:

Que llegan las actuaciones a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio

Poder Judicial de la Nación

Público, contra la resolución del señor juez *a quo* que sobreseyó a José Silva Marques.

Que el hecho que se analiza es la presunta comisión de la tentativa del delito de contrabando de divisas.

Que teniendo en cuenta que la función primordial de la aduana es controlar el tráfico internacional de mercaderías, corresponde determinar, en primer lugar, si el dinero constituye mercadería.

Que por mercadería debe entenderse todo objeto susceptible de ser importado o exportado, conforme lo previsto por el artículo 10 del Código Aduanero.

Que la doctrina mayoritaria, que no comparto, sostiene que la norma citada debe ser complementada con el artículo 11 de tal cuerpo normativo, que ordena individualizar y clasificar las mercaderías, a fin de regular su tráfico internacional, de acuerdo a la Nomenclatura para la Clasificación de la Mercadería en los Aranceles Aduaneros. Dicho nomenclador no es un sistema cerrado que permita establecer si el dinero es o no mercadería, conforme a su inclusión. En efecto, tal nomenclador prevé posiciones “residuales” o “bolsa”, en las que entran todas aquellas mercaderías que no tengan una posición específica. En consecuencia, considero que el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria no contribuye a solucionar el problema de determinar específicamente si un objeto material o inmaterial es o no mercadería.

Por ello, entiendo que es suficiente apelar al amplio concepto establecido por el citado artículo 10 del Código Aduanero, y analizar concretamente en cada caso, si está o no en él incluido. Para ello, el intérprete cuenta con situaciones fácticas que lo pueden ayudar en tal determinación, tales como la regulación legal del objeto en cuestión, el establecimiento específico de cómo se controla su tráfico internacional, etc.

Que, de tal forma, los billetes de banco revisten el carácter de mercadería. Al ser un objeto susceptible de importación o exportación,

están sujetos al control aduanero y, su ingreso o egreso, puede ser gravado o prohibido por causas diversas fundadas en el interés general.

Que por el artículo 7° del decreto del Poder Ejecutivo N° 1570/01, con la posterior modificación del decreto 1606/01, se establece la prohibición de salida de moneda extranjera que exceda el límite monetario fijado en diez mil dólares estadounidenses (U\$S 10.000) o su equivalente en otras monedas.

Que esta prohibición alcanza a las operaciones de exportación en general y se refiere a cualquier vía de egreso. Ahora bien, si ello se cumple por el régimen de equipaje y por medio de una sustracción al control aduanero o por medio de una ocultación que no se encuentra justificada por razones de seguridad, se configura la modalidad del delito de contrabando prevista en el artículo 864 del Código Aduanero.

Que, sin embargo, la ocultación del dinero en efectivo es la actitud normal de todo pasajero y no puede entenderse que constituya ardid o engaño idóneo tendiente a impedir o dificultar gravemente, el control aduanero de importaciones y exportaciones.

Que, en algunos casos, resulta difícil diferenciar la ocultación con fines de eludir el control aduanero de la simple ocultación por razones de seguridad. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia admiten que en ciertos supuestos y, aún, en la hipótesis de que el pasajero actuara dolosamente, su proceder no superaría el ámbito infraccional (Cfr.: BONZÓN RAFART, J.C., La culpabilidad exigida en el derecho infraccional aduanero, Guía Práctica del exportador e importador N° 397 de enero de 1990 y Confusión doctrinaria respecto a la diferenciación entre delito de contrabando y la infracción al régimen de equipaje, ED t. 154-153 y Reg. 667/08 de esta Sala "A").

Que para determinar si el acto u omisión imputado es delito o infracción aduanera, debe analizarse cada caso concreto, poniéndose énfasis en la forma o modo en que se haya intentado el ingreso o egreso ilegal de

Poder Judicial de la Nación

mercaderías por vía de equipaje y no como muchas veces ocurre, en la cantidad, calidad o valor de la misma.

Que, en el caso, no existen elementos de convicción suficientes como para considerar que haya existido un proceder doloso de ocultación del dinero que transportaba el imputado. Por el contrario, la manera en que este último transportaba el dinero incautado, no puede entenderse que constituya ardid o engaño idóneo tendiente a impedir o dificultar el control aduanero. Tampoco puede entenderse que aquel haya intentado sustraerse al control de las autoridades competentes. Está claro que se sometió al mencionado control y espontáneamente indicó la cantidad de dinero que portaba.

Que, no obstante ello, el artículo 979 del Código Aduanero, sanciona con multa de uno (1) a tres (3) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción, al viajero que pretendiere extraer, vía equipaje, efectos que no fueren de los admitidos por las respectivas reglamentaciones. Asimismo, determina que si la mercadería en infracción fuere de importación prohibida, debe ser comisada.

Que la ley aduanera establece que constituyen equipaje los efectos nuevos o usados que un viajero, en consideración a las circunstancias de su viaje, pudiere razonablemente utilizar para su uso o consumo personal o bien para ser obsequiados y siempre que por la cantidad, calidad, variedad y valor no permitieren presumir que se importan o exportan con fines comerciales o industriales (cfr. artículo 489 del C.A.).

Que los “efectos” aludidos por la norma citada, constituyen mercadería de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Código Aduanero.

Que el equipaje se trata de un régimen especial de importación y de exportación, de trámite simplificado que recibe un tratamiento tributario especial y que, salvo disposición especial en contrario, no resulta alcanzado por restricciones económicas (cfr. 498 C.A.). En este sentido, en aquellos casos en que la mercadería constituya equipaje y no exista una excepción

expresa, las prohibiciones económicas establecidas con cualquiera de las finalidades enumeradas en el artículo 609 del Código Aduanero, no serán aplicables a las importaciones y exportaciones de aquellos efectos que constituyeren equipaje.

Que por el artículo 632 del Código Aduanero se establece que el Poder Ejecutivo puede establecer prohibiciones de carácter económico a la importación o a la exportación de determinadas mercaderías, en forma transitoria, con el objeto de cumplir alguna de las finalidades previstas por el artículo 609 del C.A.

Que esa norma prevé la ejecución de la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior, como una de las posibles razones que pueden fundar la necesidad de establecer una prohibición de las denominadas económicas.

Que, el decreto 1570/01 con su modificación del decreto 1606/01, establecen una prohibición relativa de carácter económica, transitoria a fin de ejecutar la política monetaria conforme lo autoriza el Código Aduanero en el artículo 609.

Que aún cuando el artículo 59 del Decreto 1001/82 no incluya al dinero como un bien excluido del régimen de equipaje, debe entenderse que por los decretos del Poder Ejecutivo antes indicados, su ingreso o egreso han quedado sujetos a las limitaciones actualmente vigentes.

Que, por último, disiento de excluir el contrabando en base a la doctrina sentada en el fallo “LEGUMBRES” (FALLOS 312:1920). Lo que aquí se imputa no es la evasión de divisas sino la violación de una prohibición económica relativa (cfme. VIDAL ALBARRACÍN, Delitos Aduaneros, Ed. MAVÉ, 2004, pág. 75); por lo tanto, el precedente citado no resulta aplicable al supuesto traído en apelación.

Que, por los motivos expresados, la intervención a la AFIP (D.G.A.) ordenada por el *a quo*, a fin de que determine el eventual encuadramiento de la conducta imputada, en la infracción prevista en el artículo 979 del Código Aduanero, se ajusta a derecho.

