

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EQUIPARACION DE PENA EN LA TENTATIVA DE CONTRABANDO.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, sentencia del 18 de Mayo de 2012, en autos “*Otuño Saavedra*”. Causa 19956^{(*)615}

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

I. Preliminar

Un reciente fallo de la Cámara Nacional de Casación, Sala II⁶¹⁶, invocando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Casal” y otros⁶¹⁷, analizó el planteo de la Defensora Oficial ante dicha Cámara y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, en adelante C.A.

Tal criterio revitalizó el tema y provocó nuevos planteos, acompañados de solicitudes de excarcelación por parte de imputados en orden al delito de contrabando de estupefacientes⁶¹⁸.

La Cámara en lo Penal Económico, Sala A, rechazó tanto la inconstitucionalidad de las normas citadas como el otorgamiento del beneficio solicitado⁶¹⁹.

II.- El fallo “Ortuño Saavedra” (CN Cas. Penal, Sala II del 18/5/12)

El voto de la mayoría (Dra. Ledesma, con adhesión del Dr. Slokar), recogió el fundamento del juez Zaffaroni en minoría en el caso “Branchessi”⁶²⁰. Así, parte de la aseveración de

615 (*). El fallo “Ortuño Saavedra” de la Cám. Nac. de Casación Penal, Sala II, se encuentra reseñado en la Sección Jurisprudencia de esta misma Revista.

616. Cám. Nac. Cas. Penal, Sala II - Causa N° 19.956, “Ortuño Saavedra”, del 18/5/12.

617. Amplió el marco tradicional del recurso de casación en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba. Se admite ampliación de objeciones no contenidas en el recurso si hay gravedad institucional.

618. Art. 866 del C.A.: “Se impondrá prisión de 3 a 12 años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración. Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriera alguna de las circunstancias previstas en los incs. a), b) c) d) y e) del art. 865 o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional” (Texto según ley 23353, BO 10-09-86).

619. CN Penal Ec., Sala A, Reg. N° 325, Fo. 423 del 22/6/12. En un considerando señaló: “Además, una interpretación armónica e integradora de los textos legales en cuestión (Código Aduanero y Código Penal de la Nación) demuestran que, evidentemente, el legislador por cuestiones de política legislativa criminal entendió la mayor alarma producida por la tentativa del delito de contrabando, en comparación con la de otros delitos; en consecuencia, por esta razón, se advierte que se ha legislado diferente porque se trata de situaciones diferentes” (Dres. Repetto, Bonzón y Hendler). A su vez, la falta de arraigo de la encausada fundamentó el rechazo de su excarcelación.

620. CSJN, “Branchessi, Lidia Susana y otra” del 23/5/10 - B 984 XLIII.

que la equiparación punitiva contenida en art. 872 del C.A., conforme con el cual *“la tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado”*, afecta los principios de lesividad o de necesaria afectación del bien jurídico en juego (art.19 CN), de proporcionalidad de las penas y de culpabilidad (se responde por lo que se hizo no por lo que se es). A su entender, la norma prevista en el art. 872 del C.A., al igualar situaciones desiguales, no logra traspasar el tamiz constitucional y pone en jaque los principios constitucionales citados (arts. 18, 19 y 75, inc. 22 CN).

La Dra. Ana María Figueroa, en disidencia, destaca que la inconstitucionalidad del art. 872 del C.A. no puede interpretarse aislada y literalmente, sino en forma armónica con el resto del cuerpo legal. Enlaza así la función de ordenador del art. 4 del Código Penal⁶²¹, que permite su integración adecuada.

Agrega que en el régimen especial la equiparación de la tentativa con el delito consumado, esto es el desplazamiento de las normas generales del Código Penal, obedece a que *“la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes”*⁶²².

III.- Mi opinión

Han pasado más de treinta años desde que entrara en vigencia el Código Aduanero y en el interín han adquirido rango constitucional acuer-

dos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto San José de Costa Rica, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal sobre Derechos Humanos.

Por ello, al analizar las críticas formuladas a la equiparación punitiva en tratamiento he tenido presente el espíritu innovador de tales convenciones.

Hecha esa aclaración, estimo que la ley 22.415 (Código Aduanero) tuvo en cuenta las características especiales que rodeaban al delito de contrabando y su tentativa, y dado que la equiparación no afecta postulados constitucionales, con apoyo en el art. 4 del C. Penal, se inclinó por el desplazamiento de las normas generales del Código Penal.

Así, se rechaza la postura de que la desigualdad en el trato se justifica si hay desigualdad de situación, por no aceptarse la especialidad del Derecho Aduanero o bien que la misma no autoriza a regular el contrabando de forma diferente a los demás delitos no aduaneros y que ello afecta el principio de igualdad⁶²³. Para este enfoque, se acepta la equiparación punitiva desde la óptica de la parte general, centrándose la crítica en que tendría que alcanzar a los demás delitos. Entonces, la solución que se adopta en el ámbito aduanero sería correcta, pues el legislador no tenía facultades para comprender a los demás delitos contemplados en el Código Penal.

Para otros doctrinarios, el meollo de la cuestión sobre la constitucionalidad del art. 872 se encuentra más bien en su compatibilización con el principio de la proporcionalidad penal⁶²⁴.

621. Art. 4 del C. Penal: *“Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”*.

622. La Señora Juez expresa que *“la equiparación de penas entre el contrabando y su tentativa que establece dicha norma no vulnera garantías que consagra nuestra Carta Magna (cfr. in re causa N° 6006 “Cardozo Rodas, Gustavo s/ rec. de casación”, reg. 8247, del 16/12/05 de esta Sala II, en igual sentido: causa N° 6979 “Branchessi, Lidia S. s/ rec. de cas.”, reg. 10,107 de la Sala I del 26/2/07; causa N° 7786 “Hilanco, Condori, Primitiva s/ rec. de cas.”, reg. 1121 de la Sala III del 16/8/07 y causa N° 8835 “Scelato, Sergio Rubén s/ rec. de cas.”, reg. 10.492 de la Sala IV del 21/05/08, entre otras tantas). Finaliza sosteniendo que a su juicio tal criterio es el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 310: 495) y no se ve conmovido por la disidencia de Zaffaroni in re “Branchessi, Lidia S.” resuelta el 23/3/10”*.

623. BEADE, Gustavo A. Ver su interesante trabajo *Algunos nuevos argumentos sobre la teoría de la equivalencia en el delito de contrabando*; Derecho Penal Económico, T. II, Ed. Marcial Pons, pág. 1436.

624. SARRABAROUSE, Juan Manuel, en su excelente artículo *“Tentativa de contrabando: el art. 872 del Código Aduanero y la equiparación punitiva con el delito consumado”*; Estudios de Derecho Aduanero - Homenaje a los 30 años del Código Aduanero, Abeledo Perrot, pág. 579.

Como desarrollaré, la equivalencia punitiva no viola el principio de culpabilidad, pues en la tentativa el elemento subjetivo está completo, ni el principio de lesividad, ya que la tentativa de contrabando afecta el bien jurídico tutelado.

Como veremos, esta problemática no es sencilla y está vinculada no sólo con la especialidad aduanera, sino con la caracterización del delito de contrabando como delito de resultado o de peligro y también, con el alcance o definición del bien jurídico tutelado

Entonces, no se trata de priorizar razones de policía o práctica investigativa y desoír principios constitucionales, sino de asumir una regulación basada en la especialidad delictiva⁶²⁵, que podrá ser o no compartida, pero nunca tachada de inconstitucional⁶²⁶.

Por último, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala que los aciertos, errores, mérito o conveniencia de las soluciones que brinda la ley son ajenos a la opinión de la Corte. Ante ello se ha intentado descalificar a la ley 22.415⁶²⁷.

IV.- Consideraciones a favor de la equiparación punitiva

Paso a desarrollar mi postura a favor de la constitucionalidad de la equiparación punitiva establecida en el art. 872 del C.A.

1) Actos preparatorios y principio de ejecución

He de empezar con esta distinción para lo cual resulta ilustrativo describir la especialidad de la actividad aduanera y su relación con las dos principales modalidades de contrabando:

a) *Clandestino o por ocultación:*

En principio, los actos de acondicionamiento son posibilitadores, y los actos de presentación ante el servicio aduanero o de paso de la frontera son productores. Aunque también depende de la teoría que se aplique.

Así, destaca Zysman Quirós, la generosidad para considerar el comienzo de ejecución de este

625. Tampoco se circunscribe al contrabando de estupefacientes, sino al contrabando de cualquier mercadería.

626. La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente. Es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (CSJN, Fallos 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

627. El juez Rubén D. O. Quiñones Giménez, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, en su voto señala que el Código Aduanero fue aprobado por la ley de facto 22.415 (y su antecedente) que califica de espúrea, ya que fue sancionada por Videla, Martínez de Hoz y Rodríguez Varela (in re: “Luque González, Edgar Daniel s/ infracción a la ley 22.415”; Expte. N° 3082/20 - diciembre de 2010).

Al respecto, cabe destacar que la equiparación punitiva fue introducida por el art. 8 de la ley 14.129, que data de 1952, y mantenida por las legislaciones posteriores. También que la comisión redactora de la ley 22.415, que estaba integrada por funcionarios con muchos años de carrera en la Administración Pública, se preocupó por mejorar el régimen vigente, que hasta septiembre de 1981 en que comenzó a regir, se componía de leyes “reordenadas” que conformaban un verdadero “mosaico” legislativo. Se elaboró así una legislación de base, que merced a su armonía y sistema se lo denominó “Código Aduanero”. Este cuerpo legal permitió diferenciar el delito de la infracción a través de una interpretación sistemática. Entre otras importantes modificaciones en el ámbito penal, se suprimió el art. 166 bis de la ley 21.898, que establecía la responsabilidad objetiva en las infracciones, y se incluyó una fórmula dinámica en función del incumplimiento de los deberes (art. 902). Luego de tres años de elaboración, el proyecto fue sometido a las opiniones del sector privado. Por último, durante su vigencia por más treinta años recibió la corroboración de reformas parciales de las leyes 23.353 (agravantes por estupefacientes y armas), 24.415 (aumento del tope monetario del contrabando menor), 25.063 (asimilación ampliatoria del concepto de mercadería), 25.986 (implementación de la declaración informática, modificaciones operativas, agravantes de penas). Todas estas leyes fueron dictadas en épocas de gobiernos democráticos, lo cual significó una ratificación del Código Aduanero por parte del Congreso Nacional.

628. ZYSMAN QUIRÓS, Diego A. Ver su buen trabajo “*Tentativa y Consumación del Delito de contrabando, una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inciso d), del Código Aduanero*”; Suplemento Especial de La Ley – Derecho Económico - Doctrina; Febrero 2004, pág. 203.

629. C. Penal Ec., Sala III, “Djourian”, 30/4/80.

delito⁶²⁸, con la cita del siguiente caso jurisprudencial: la detención de pasajeros enchalecados en la autopista 25 de Mayo que conduce al Aeropuerto de Ezeiza, antes de llegar al puesto de control⁶²⁹, según el criterio de univocidad, es un acto de tentativa porque la forma en que estaba oculta la mercadería y el destino que se dirigía denotan la finalidad delictiva. En cambio, para la teoría material objetiva, sería solo un acto posibilitador y no productor de la finalidad.

En este caso, la singularidad de la acción⁶³⁰ convertiría un acto posibilitador en acto productor de la finalidad y sería tentativa de contrabando.

Cabe agregar, que el legislador cuando quiso castigar los actos preparatorios expresamente lo contempló⁶³¹.

Dicho autor, analiza la problemática que plantea el supuesto de contrabando por “ocultación”, al que considera de pura actividad o de peligro, refiriéndose al “pasajero en tránsito”, que lleva la mercadería acondicionada para otro destino⁶³².

Otros supuestos en los que la especialidad aduanera dificulta la determinación del momento en que se ha burlado el control aduanero, sería la implementación un control inteligente, basado en perfiles de riesgo⁶³³, que se superpone a las pautas genéricas de control aduanero; o bien, en la forma documentada, las importaciones suspensivas que continúan sujetas al contralor aduanero hasta que la mercadería se reexporta o se convierte en destinación para consumo.

b) Documentado:

El iter criminis de esta modalidad de contrabando admite pasos diferenciados:

Paso I): Obtención de un certificado de origen expedido irregularmente o la justificación documental de costos indebidos es un acto posibilitador. En cambio, para el criterio de univocidad, serían supuestos de tentativa.

Paso II): La declaración ante Aduana (registro del despacho con certificado de origen irregular) es un acto productor.

El caso del art. 873 mencionado, que en la jerga aduanera se llama “canguro”, la ley dice que es tentativa (estaría enrolado en la teoría de la univocidad, pues son actos de acondicionamiento). O bien, se trataría de un acto preparatorio que es punible por mandato legal (para la teoría del plan concreto del autor, se trataría de actos posibilitadores o preparatorios que son punibles por mandato de la ley).

En los casos de contrabando por omisión impropia o comisión por omisión no cabría tentativa, pues habría que hablar del principio de ejecución del deber de garante.

Algunos autores consideran que sí cabe la tentativa si los actos aumentan el peligro de afectación del bien jurídico tutelado.

Por ejemplo, si se considera que el servicio aduanero se encuentra en una posición de garante respecto del control aduanero y la posición contiene la observancia de muchos actos, podría constituir principio de ejecución la omisión de un solo acto.

2) Delito tentado y consumado

Al igual que en el derecho penal común, la tentativa de contrabando requiere que no haya realización del tipo objetivo (que el delito no se haya consumado).

629. C. Penal Ec., Sala III, “Djourian”, 30/4/80.

630. Nelson R.; *La tentativa*; Ed. Hammurabi, Bs. As., 1987, pág. 67.

631. El art. 873 del C.A. establece: “Se considera supuesto especial de tentativa de contrabando la introducción a recintos sometidos a control aduanero de bultos que individualmente o integrando una partida, contuvieren en su interior otro u otros bultos, con marcas, números o signos de identificación iguales o idóneos para producir confusión con los que ostentare el envase exterior u otros envases comprendidos en la misma partida. El responsable será reprimido con la pena que correspondiere al supuesto de contrabando que se configurare”.

632. ZYSMAN QUIRÓS, Diego A.; trabajo citado en nota 13, pág. 206.

633. La Disposición AFIP 32/06 tiene en cuenta el tipo de mercadería, el destino, el origen, la reiteración de las operaciones, su aspecto económico, los datos personales de los operadores, domicilio, etc.

Como ya adelanté, en materia penal aduanera, la cuestión de la separación entre delito tentado y consumado resulta mucho más compleja. ¿En qué reside dicha dificultad?

Por un lado, en que el delito de contrabando, según el supuesto legal de que se trate, puede ser considerado como una figura de peligro o de resultado. Así, el caso previsto en el art. 863 requiere que se impida o dificulte el control aduanero; las hipótesis previstas en los incs. a y b del art. 864 exigen una conducta que consiga trabar o eludir la función principal aduanera, y no solamente que la haga peligrar.

En cambio, otras modalidades, tales como las previstas en los incs. c, d y e del art. 864, donde se reprime la presentación de documentación irregularmente expedida destinada a obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable, la ocultación o disimulo de mercadería sometida o que debiera someterse a control aduanero y la simulación de una operación o destinación aduaneras de importación o exportación con la finalidad de obtener un beneficio económico pareciera que no requieren que el resultado se cumpla⁶³⁴.

Sin detenerse en esas aclaraciones, la Dra. Ledesma —en su voto, que compone la mayoría del caso en comentario— parte del concepto de que el contrabando es un delito de resultado y por ello la tentativa es menos grave.

Al respecto, Mario Alberto Villar destaca que ello implica “un error conceptual, pues el delito de contrabando no es de resultado”. El resultado

típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. Las tentativas suponen una lesión al bien jurídico que normalmente se identifica con el riesgo, lo que no hay es un resultado y no puede haberlo si el delito consumado no exige un resultado.

Tanto la lesión material como la puesta en riesgo son afectaciones del bien jurídico y ambas afectaciones respetan el principio de lesividad, por ello, destaca dicho autor: “el argumento del principio de lesividad no demuestra que la tentativa debe ser, necesariamente, castigada con una escala menor que el delito consumado”⁶³⁵.

Vemos pues que el principio de proporcionalidad está íntimamente vinculado al bien jurídico tutelado. En el caso del contrabando al tratarse de un bien jurídico colectivo, la sola puesta en peligro de las funciones de control implican su afectación con independencia de que se haya causado un perjuicio fiscal⁶³⁶.

En cuanto al bien jurídico, Sarrabayrouse considera que la discusión sobre si el contrabando es un delito de resultado o de peligro se debe a que la noción de “control aduanero” es confusa. En su reemplazo sugiere “la transparencia y regularidad del tráfico internacional de mercaderías”⁶³⁷. Estimo que esta propuesta no alcanza el fin que se propone⁶³⁸.

El adecuado control aduanero, conforme una interpretación sistemática, debe ser sobre la función esencial aduanera, que es la correcta percepción de tributos y cumplimiento de las prohibi-

634. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Delitos Aduaneros*, 3ª Edición ampliada y actualizada; Mave, 2010; Pág 304.

635. VILLAR, Mario Alberto; *La sentencia sobre el delito de contrabando y su tentativa*; Diario Judicial – 24/5/12.

636. Basaldúa, al referirse al contrabando señala que “describe una conducta violatoria de una norma aduanera fundamental, ya que consagra un principio reconocido en todos los países .Este principio está íntimamente vinculado con la soberanía de los Estados y tiene por finalidad asegurar la potestad inherente a todo Estado de decidir qué mercaderías pueden entrar o salir de su territorio y, en su caso bajo qué condiciones”; BASALDÚA, Ricardo Xavier, *El contrabando y sus notas definitorias*; *El Derecho* 24/11/11.

637. SARRABAYROUSE, Facundo; *Análisis dogmático del tipo de contrabando simple a treinta años de su sanción. Una aproximación desde la teoría de los bienes jurídicos como objeto de tutela del derecho penal*; Pág. 545 - Estudios de Derecho Aduanero – Homenaje a los 30 años del Código Aduanero, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

638. El alcance del control aduanero presenta varios problemas. Si se lo limita al tráfico internacional de mercaderías quedan excluidos los envíos a Áreas Aduaneras Especiales que eludan el control aduanero, como por ejemplo el sonado caso de viviendas industrializadas sobre facturadas para obtener un cobro indebido de reintegros (Vasconcellos, R.; Cámara Federal Bahía Blanca; Ed. To. 131, Fo. 533; 14/10/8) o el reenvasamiento de café en el depósito francoparaguayo (CN Penal Ec., Sala II, “Bolo, Ciro Cristóbal s/ contrabando”, 8/6/90, reg. 159, fo. 248, 1990).

ciones a la importación y exportación, esto es el tráfico internacional de mercadería. Esta última referencia está implícita⁶³⁹.

Retomando el tema en tratamiento, la teoría que considera tentativa cuando se comienza a ejecutar el verbo que nuclea la acción principal del delito es más aplicable en los casos en que la figura exija una consecuencia, así cabe decir que se comenzó a impedir el ejercicio de la función aduanera. Más difícil resulta el supuesto de “dificultar”, aunque podría aceptarse que dicha expresión puede comprender distintos grados o presentar diversos matices, de manera que podría comenzarse a dificultar hasta llegar a trabar totalmente el contralor aduanero, lo que equivale a “impedirlo”. Ello nos dice que, aun en los supuestos en que se prevé un resultado, al ser este distinto del que se produce en otros delitos, que para distinguirlos de los aduaneros denominaremos “comunes”, la demarcación de la faz ejecutiva es sumamente compleja. En el homicidio, por ejemplo, donde se protege la vida humana, se advierte claramente que toda acción u omisión destinada a atacar dicho bien jurídico que tenga principio de ejecución constituirá tentativa hasta tanto no se produzca la muerte.

Por el contrario, en las fórmulas legales donde no se requiere para su configuración que el resultado se produzca, dado que ellos se concretan con la sola posibilidad de poner en peligro el

bien jurídico tutelado, no cabe la tentativa, o bien su principio de ejecución equivale a su consumación. Por ejemplo, presentar ante la Aduana la documentación en las condiciones que fija el art. 864, inc. c.⁶⁴⁰ que con respecto al bien jurídico tutelado (control aduanero sobre las importaciones o exportaciones) constituiría sólo un principio de ejecución, sería un caso de contrabando consumado, pues aquí basta poner en peligro dicho bien, y no se requiere que efectivamente se lo vulnere.

3) Desistimiento

Otra cuestión a considerar es el desistimiento.

En la parte final del art. 871 del C.A. se contempla la interrupción de los actos ejecutivos del contrabando, y así se reserva la no punibilidad para el supuesto de desistimiento por propia voluntad del autor, siendo irrelevante cuando la interrupción obedece a circunstancias ajenas.

Señala D'Albora “que deberá distinguirse si la consumación no se efectúa por obstáculos materiales ajenos a la voluntad del encausado, pues voluntaria será la causa que denote el arrepentimiento”⁶⁴¹.

En la modalidad de contrabando documentado, debe hacerse una distinción con respecto al desistimiento. En materia aduanera, la declara-

639. La figura de contrabando tutela el control sobre las importaciones y las exportaciones a través de un tipo penal abierto, que requiere el confornte con el ordenamiento aduanero para determinar si la conducta de que se trata ha vulnerado dicha función primordial de control. En tal sentido, la codificación del derecho aduanero, como cuerpo normativo y sistemático, facilita esa tarea de integración. Veamos las disposiciones que se refieren al tema. En el art. 23 se contemplaba en el inc. a) (actualmente art. 9, inc. 2 b), decreto 618/97), como función de la Administración Nacional de Aduanas “Ejercer el control sobre el tráfico internacional de mercaderías”. En el art 17 se señala: “La Administración Nacional de Aduanas es el organismo administrativo encargado de la aplicación de la legislación relativa a la importación y exportación de mercadería”. En el art. 19 (actualmente art. 11, decreto 618/1997), a su vez, se expresa: “Constituyen aduanas las distintas oficinas que, dentro de la competencia que se les hubiere asignado, ejerzan las funciones de aplicación de la legislación relativa a la importación y exportación de mercadería, en especial las de percepción y fiscalización de las rentas públicas producidas por los derechos y demás tributos con que las operaciones de importación y exportación se hallan gravadas y las de control del tráfico internacional de mercadería”. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “*El bien jurídico no es un bien de ocasión*”; Revista J.A. Número Especial 2008-II, Derecho Penal Aduanero; pág. 41, 7/5/08.

640. Art. 864, inc. c), del C.A.: “Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años el que presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de la mercadería que se importare os e exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere”.

641. D'ALBORA, Francisco, El delito de contrabando – *La tentativa*, pág. 319 y ss., Tratado de Derecho Penal Especial, dirigido por Enrique R. Aftalion, Ed La Ley, 1970.

ción o solicitud de destinación es inalterable, y sólo cabe su rectificación, modificación y ampliación en los casos en que la ley lo admite. No obstante, se puede desistir de la declaración, siendo su efecto eficaz sólo a los fines tributarios. Así, el art. 238 dice: “*El desistimiento de la solicitud de destinación de importación para consumo no exonera de responsabilidad por los ilícitos que se hubieran cometido con motivo o en ocasión de la declaración efectuada al solicitarse la destinación*” (el art. 337 es su correlato para exportación). El desistimiento, entonces, hace desaparecer el hecho gravado y sus consecuencias tributarias, dejando, pese a ello, subsistente la “declaración comprometida” y las consecuencias penales que sus inexactitudes implican.

Otra diferenciación importante es entre la situación en la que, aun fuera de la oportunidad legal, cabe la declaración aduanera y el supuesto en el que se ha comenzado la ejecución del contrabando y se reúnen los recaudos de un desistimiento válido del autor.

Tal como lo expresáramos, hay que analizar la modalidad de contrabando que el agente pretende realizar, pues en los casos en que se lo estructure como delito de “emprendimiento” o “formal”, la acción tendiente a eludir el control aduanero constituye su consumación, aun cuando no se llegue efectivamente a burlar. En consecuencia, en esos casos no hay tentativa y por ende, tampoco posibilidad de desistir.

4) La punibilidad en caso de complicidad secundaria

Otra cuestión que plantea el tratamiento espe-

cial que se contempla en el art. 872, es si la expresión “disminuida de un tercio a la mitad” prevista en el art. 886, ap. 2, debe ser interpretada conforme a las propias particularidades del sistema del Código Aduanero donde está inserto. Así, Luis Gustavo Losada al referirse a la escala penal aplicable al cómplice secundario en el delito de contrabando sostiene, que por poseer normas propias incompatibles con las disposiciones generales del Código Penal “el criterio sistemático de mínimos y máximos en las penas divisibles en el Código Aduanero obliga por lo demás a respetar en el art. 886-6 la escala de un tercio del mínimo y la mitad del máximo del supuesto delito que se tratare”⁶⁴².

5) La legislación comparada

Este criterio de paridad punitiva tiene antiguo arraigo legislativo en el país⁶⁴³ y en el extranjero⁶⁴⁴. Si bien rige en forma ininterrumpida desde 1952, su antecedente inmediato es el art. 190, ap. 1º, de la Ley de Aduana, texto conforme a la ley 21.898, que establecía: “la tentativa de contrabando será reprimida como si el delito se hubiera consumado”, parecía significar una asimilación conceptual cuando, por el contrario, dada su redacción actual, la equiparación se limita a su aspecto sancionatorio.

Ricardo Xavier Basaldúa recuerda que “...es bastante usual que las legislaciones aduaneras prevean que la tentativa de contrabando tenga la misma pena que el delito consumado” y cita legislación comparada. El mismo autor, también destaca que “desde antiguo, la regulación de la tentativa de contrabando en las legislaciones

642. LOSADA, Luis Gustavo; *La escala de la pena de prisión del cómplice secundario en el delito de contrabando*; Doctrina - Revista N° 3 - El Derecho - Doctrina - Marzo 2012.

643. Fue introducido en el año 1952 por el art. 8 de la ley 14.129, procurando terminar con los problemas que se planteaban. Diario de Sesiones de Diputados, 1952, págs. 589/93.

644. Basaldúa expresa: “Desde antiguo, la regulación de la tentativa de contrabando en las legislaciones aduaneras revela también el particularismo de la materia”; BASALDÚA, Ricardo Xavier, *Derecho Aduanero - Parte General*; Abeledo Perrot, 1992, p. 251. Cita en su apoyo legislación comparada en que se adopta igual solución: “El criterio de sancionar la tentativa de contrabando con la misma pena que la que corresponde al delito consumado se puede ver en numerosas legislaciones aduaneras. Entre otras, mencionamos a las de: Argelia: Código de Aduanas, art. 318; Chile: Ordenanza de Aduanas, art. 184; República Dominicana: Ley de Aduanas, art. 168; Ecuador: Ley Orgánica de Aduanas, art. 113, inc. a); Francia: Código de Aduanas, art. 409; Italia: Texto único de las disposiciones legislativas en materia aduanera, art. 293; Paraguay: Código Aduanero, art. 232”.

revela también el particularismo de la materia”⁶⁴⁵. Esta solución que se consagró inicialmente en el Código de Aduanas de Francia, cuyo art. 409 expresa “Toda tentativa de delito (aduanero) es considerada como el delito mismo”, fue seguida en Europa por Italia, que en su Texto Único de las disposiciones aduaneras en el art. 293 titulado “Equiparación del delito tentado a aquel consumado”, dispone “Por tentativa de contrabando se aplica la misma pena establecida para el delito consumado”, y luego receptada por numerosas legislaciones aduaneras a los fines de asegurar la eficacia de la actuación del servicio aduanero en la materia.

Hay quienes critican la cita de la legislación francesa, por considerar que es diferente a la nuestra⁶⁴⁶.

6) Conclusión

De lo expuesto surge que a los fines de la equiparación punitiva se consideró que una vez que se ha eludido el control aduanero, la detección del contrabando —salvo la modalidad documentada, que permite su reconstrucción— es difícil de comprobar.

Ello significa que los casos de mayor frecuencia comisiva serían actos de tentativa y que los que alcanzaron el grado de consumación quedarían reducidos a su mínima expresión o bien ser

considerados un ilícito distinto, con una pena sensiblemente menor⁶⁴⁷. Adviértase que si la mercadería superó el control aduanero en importación, se encontraría ilegítimamente en plaza y podría configurar la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera (987) o encubrimiento de contrabando (art. 874, inc. d), C.A.).

Con respecto a la exportación o salida de mercadería, cabe destacar que el delito de contrabando es un delito de doble cara o impacto. Repárese que una misma conducta puede tener efecto en dos países, el de salida y el de entrada, en ambos se transgredieron las normas aduaneras., aunque al salir la mercadería del país implica la pérdida de la jurisdicción argentina. En el caso de un envío de estupefacientes, para nuestra legislación es un contrabando agravado (art. 866 C.A.).

Esa dualidad típica que presenta el contrabando o carácter “transnacional” evidencia que necesariamente se vulnerarán disposiciones normativas internas de más de un Estado, y que tal efecto está contemplado como típico en una única conducta.

Esta situación de hecho ha sido planteada en un interesante caso⁶⁴⁸. Desde un punto de vista técnico penal, ha sido calificada doctrinariamente como “delitos e infracciones progresivas” que se concretan cuando: “...a la violación de la ley

645. BASALDÚA, Ricardo Xavier, *Derecho Aduanero, Parte General*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 251..

646. El juez Rubén D. O. Quiñones Giménez, en el precedente citado en la nota 12) señala que en el derecho francés el contrabando se reprime con una pena de hasta tres años de prisión (art. 414, inc.1 del *Code des Douanes*) y en la modalidad calificada de estupefacientes y otras mercaderías peligrosas, se lo castiga con un máximo de diez años de prisión.

Al respecto, estimo que la circunstancia de que en la regulación del contrabando en la ley francesa no se prevea un mínimo de pena vinculante, no impide que constituya un antecedente válido.

647. Art. 874 del C.A.: “1.- Incurrir en encubrimiento de contrabando el que, sin promesa anterior al delito de contrabando, después de su ejecución: a) ayudare a alguien a eludir las investigaciones que por contrabando efectúe la autoridad o a susstraerse a la acción de la misma; b) omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo; c) procurare o ayudare a alguien a provocar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del contrabando; d) adquiere, recibe o interviene de algún modo en la adquisición o recepción de cualquier mercadería que de acuerdo a las circunstancias debía presumir proveniente de contrabando. 2.- El encubrimiento de contrabando será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años, sin perjuicio de aplicarse las demás sanciones contempladas en el art. 876. 3.- La pena privativa de libertad prevista en el apartado 2 de este artículo se elevara en un tercio cuando: a) el encubridor fuera un funcionario o empleado público o un integrante de las fuerzas Armadas o de seguridad; b) los actos mencionados en el inc. D del apartado 1 de este artículo constituyeren una actividad habitual.

648. Cám. Nac. en lo Penal Económico, Sala B, *in re* “Matiss, Federico s/ contrabando de estupefacientes”, 25/8/06, Reg. N° 660, fo.1697, Año 2006. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa N° 11.414 “Mattis, Jorge s/ recurso de casación”, reg. N° 13987 del 29/3/2009.

principal se va llegando por grados sucesivos, uno o varios de los cuales pueden ya en sí mismos ser delictuosos; pero los hechos están de tal modo vinculados que la parte superior del delito va absorbiendo totalmente a la menor, en su pena y en su tipo o figura...”⁶⁴⁹.

“... Puede haber asimismo unidad de acción en la realización progresiva del tipo a través de una serie de actos individuales con los que el autor se va aproximando al resultado típico... Lo determinante entonces para apreciar la unidad de acción es la subsistencia de la misma situación motivacional en una unitaria situación fáctica...”⁶⁵⁰.

Asimismo se ha expresado que: “... el criterio para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el factor final es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de los respectivos tipos penales en cuestión, tal como se obtiene mediante interpretación... Cuando de uno o varios tipos que concurren en una misma conducta surge que ésta tiene jurídicamente una unidad de sentido, sólo habrá una única conducta, porque uno o ambos tipos impiden que se destruya esa unidad... son varios los supuestos en que media una unidad de conducta pese a la pluralidad de movimientos voluntarios, o sea, casos en los que dándose el factor final, existe también un factor normativo que determina su consideración como una única conducta... c) Cuando la realización del segundo tipo aparece como elemento subjetivo del primero, ello indica que el tipo desvalora una conducta unitariamente dirigida a consumir ambos, en

que el primer acto no pasa de ser una etapa previa del segundo. Esta consideración unitaria impide la escisión de dos conductas, y también impide su consideración como dos delitos en el supuesto en que el segundo tipo se realice efectivamente...”⁶⁵¹.

En dicho precedente jurisprudencial, el voto de la mayoría⁶⁵² a favor del doble juzgamiento (condenado en el extranjero se lo cita a declarar en Argentina), destaca una circunstancia conjetural: tal es que el viajero francés que parte de Argentina con la droga en su equipaje pudiera haber desistido de la intención de ingresar a la República de Francia –ya sea desprendiéndose del estupefaciente durante el viaje (lo cual no parece tácticamente posible por la circunstancia de haberse despachado a bodega el equipaje), ya sea omitiendo retirar el equipaje en el aeropuerto de destino, o denunciando ante las autoridades aduaneras francesas, antes de ser interrogado, la existencia de aquella sustancia en su poder. Esa hipótesis, sólo afectaría el contrabando en destino y no el de salida en que los actos ejecutados superan el tramo del principio de ejecución. En cuanto al restante argumento de que se habrían violado bienes jurídicos diferentes (el control aduanero de dos países), el voto en disidencia⁶⁵³, pondera la unidad de conducta. Compartiendo esta tesitura, me permito agregar que en el contrabando el bien jurídico es “el control del tráfico internacional de mercadería”, esto es entre Argentina y otro u otros países. Parece justo que en caso de ser absuelto en el exterior, el tramo de salida sea castigado con la misma pena que el delito consumado. Cabe señalar que la Cámara

649. SOLER, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, To. II, Tipográfica Editora Buenos Aires, 1951, págs. 180/1.

650. JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal - Parte General*; 4ª ed., Ed. Comares-Granada, Granada 1993, pág. 651.

651. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PLAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal - Parte General*; Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 822/823.

652. Dres. Marcos Grabivker y Carlos A. Pizatelli.

653. Dr. Roberto Hornos, considera que esa doble afectación no tiene virtualidad para duplicar la unidad de conducta que se verifica entre el suceso por el cual se lo condena en Francia y aquél por el cual se pretende someterlo a proceso en nuestro país, situación violatoria de la prohibición constitucional “non bis in idem”. También destacó con acierto que no se advierte en la conducta del imputado un móvil distinto del de extraer una única cantidad de sustancias estupefacientes del territorio aduanero argentino a fin de ingresar la misma al territorio aduanero francés como corolario de aquel único viaje y de aquella única maniobra de ocultamiento en el equipaje del estupefaciente que fue despachado en una única oportunidad.

de Casación Penal, Sala I, hizo lugar al principio *non bis in idem*⁶⁵⁴.

Se advierte pues, que tal característica internacional que plantea la propia naturaleza del contrabando, ha llevado a que se lo regule en forma distinta, de manera que los actos iniciales configuren tan acabadamente el delito como aquellos con los cuales la sustracción es consumada, y así, en ciertos supuestos, comenzar a ejecutar el contrabando es cometer el delito. Esa particularidad es la que ha determinado el apartamiento del sistema del Código Penal, a través del art. 872, que equipara punitivamente la tentativa del contrabando al delito consumado.

Podríamos preguntarnos por qué el tráfico de drogas no contempla un criterio equivalente. La respuesta es que su ingreso o salida al país eludiendo el control aduanero es considerado contrabando y como tal se le aplica el art. 872 del C.A.

De tal manera, a nuestro entender las situaciones expuestas precedentemente, hacen a la especialidad aduanera y justifican el apartamiento de la regla de menor punibilidad que establece el art. 44 del Código Penal.

Al respecto se ha dicho que si se trata de un fundamento práctico “la respuesta punitiva —en el caso de la tentativa de contrabando— no respondería al contenido de injusto de la acción delictiva sino a dificultades de naturaleza policial o procesal que aparecen cuando la maniobra se ha consumado, lo cual nada tiene que ver con

la estructura del ilícito en sí”⁶⁵⁵.

Cabe responder a tal crítica, si la equiparación punitiva es congruente con la teoría subjetiva, la cuestión pasaría a ser de dogmática penal y por lo tanto, se podrá o no compartir, pero nunca ser tachada de inconstitucional. En esa línea se ha señalado que el contenido del art. 872 es correcto y puede ser defendido con mejores argumentos, pero es necesario revisar la cuestión desde la parte general⁶⁵⁶.

Así, a la posición objetiva que explica que la punibilidad de la tentativa está basada en que el autor pone en peligro un bien jurídico y ello es menos grave que lesionarlo, se le opone la teoría subjetiva, que modernamente considera que todo lo ocurrido después del comienzo de ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de ilicitud del hecho. Señala Bacigalupo que “el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de ejecución y el desarrollo en la realización del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor”⁶⁵⁷.

Para este último enfoque, la menor afectación o lesión al bien jurídico puede ser considerada o evaluada dentro de los límites del mínimo y máximo de la escala penal de la hipótesis de contrabando de que se trate⁶⁵⁸.

De tal manera, para las posturas más modernas, a quienes sólo les interesa el disvalor de la acción, el fundamento de la equiparación es legítimo, porque el reproche está en la representación del autor que no puede extenderse a un

654. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa N° 11.414, “Mattis, Jorge s/ recurso de casación”; reg. N° 13987 del 29/3/2009.

655. Voto de Zaffaroni, punto 18, in re “Branchessi” citado.

656. BEADE, Gustavo A., obra citada, pág. 1442. En su interesante trabajo acepta lo que se ha denominado la teoría de la equivalencia, pero agrega que debe extenderse a los demás delitos, para evitar los problemas constitucionales vinculados con el principio de igualdad.

657. BACIGALUJPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, 1996. En igual sentido, SANCINETTI, Marcelo, Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, Bs. As., Ad Hoc, 1997.

658. El juez Rubén D. O. Quiñones Jiménez en el precedente citado en la nota 12, señaló que los fundamentos que se dan para la equiparación punitiva de la tentativa y el contrabando consumado son de orden procesal y no responden al injusto. Al respecto cabe analizar los hechos: se secuestran casi 73 kgrs. de marihuana ocultos en distintos compartimentos de un ómnibus. El Tribunal aceptó que se afectó el bien jurídico por haber puesto en peligro el ejercicio de las funciones de control a cargo del servicio aduanero. También que se cumplió el plan concreto del autor y que además el imputado al ser indagado mintió. Esto es, el autor desarrolló toda su conducta (disvalor de la acción), no obstante, no hubo disvalor del resultado. Cabe preguntarse ¿había que reducirle la pena porque la aduana encontró la droga y fue eficaz?

hecho causal como es el resultado: no merece reproche porque no le es atribuible, es una consecuencia (principio de culpabilidad). Por ello, invierten la cuestión:

No se trata de tentativa = hecho consumado.

Sino del hecho consumado = tentativa acabada.

Se ha señalado que fuera del control del agente, la intervención de factores ajenos y la suerte como un elemento central no puede ser relevante para imponer un castigo penal.

En conclusión, si el resultado es irrelevante, no interesa si la mercadería objeto de contrabando es o no retenida y queda en poder de la aduana, como puntualizan quienes sostienen que existen diferencias con la elusión consumada del control aduanero⁶⁵⁹.

Para el legislador aduanero, como lo indica la Exposición de Motivos al comentar el art. 872, la fundamentación de la equiparación punitiva reposa en razones de política criminal o de eficiencia de la ley penal (la mayoría de los casos que se detectan son tentativas, una vez consumados, son encubrimientos).

Tal conveniencia legislativa que está dentro de las facultades que surgen del juego de los arts. 4 del Código Penal⁶⁶⁰ y 861 del Código

Aduanero⁶⁶¹, como vimos encuentra apoyo en la teoría subjetiva precedentemente citada.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación si bien ya se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad⁶⁶³, a través de la disidencia del Dr. Zaffaroni, se ha abierto la posibilidad de que se vuelva a plantear, aunque no bastará con no compartir el mérito o la conveniencia de la solución contemplada en el art. 872 del C.A., pues ello sería establecer el gobierno de los jueces, lo que es inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

V.- Proyecto de reforma del Código Penal. Incorporación de las disposiciones sobre delitos aduaneros. Cuestiones a tener en cuenta

Recientemente se ha formado una comisión a efectos de reformar el Código Penal e incorporar a su texto todas las leyes especiales, entre las que se encuentra la ley 22.415 denominada “Código Aduanero”⁶⁶³. Ello necesariamente deberá tomar una posición sobre el tema, al igual que resolver otras cuestiones entre las que se enfrentan el dogmatismo penal y la política criminal⁶⁶⁴.

659. Voto de Zaffaroni, punto 17, *in re* “Branchessi” citado en nota 5.

660. Art. 4 del C. Penal: “Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”.

661. Art. 861 del C.A.: “Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta sección las disposiciones generales del código penal”.

662. CSJN “Senseve Aguilera” (Fallo 310: 495); “Cinepas” (Fallo 311:372); “Branchessi”

663. El decreto 678 del 07/5/12 crea una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma presidida por el Dr. Eugenio R. Zaffaroni e integrada por los dres. Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, María Elena Barbagelata y León Carlos Arslanian, y que contará con la asistencia y colaboración de la Dirección General de Asistencia Técnica Legislativa dependiente de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

664. Tener presente que la CSJN en el caso “Fly Machine” (CN Cas. Penal, Sala I, causa N° 4951, “Fly Machine *s/* recurso de casación”, Reg. 6368, 28/11/03), el Dr. Zaffaroni en disidencia rechaza que pueda atribuírsele responsabilidad penal a las personas jurídicas por razones de política criminal, que sería el fundamento de la tesis afirmativa. Tal como señalé al comentar dicho fallo entiendo que no bastaría la mera invocación de conveniencia o practicidad, pues no sería funcional la validez de tantas políticas criminales como leyes especiales existan, considero que sobre la realidad que se da en el campo penal económico, la persona que comete un delito y se beneficia con su resultado, merece ser castigada. Si se fijan ciertas condiciones, cabe adaptar la imputación penal y el concepto de culpabilidad a la responsabilidad de las personas jurídicas. Afecta los postulados del derecho penal. Adviértase que si se aplicara la postura de la disidencia, luego de sustanciado el sumario aduanero, las actuaciones deberían volver a sede judicial para que el juez imponga dicha pena a la persona jurídica. Ello es un contrasentido que no cabe atribuir al legislador, pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en él “y, por esto, se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto”. La responsabilidad de la persona jurídica; VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; Delitos Aduaneros, 3ª Edición ampliada y actualizada; Ed. Mave, 2010; págs. 499, 500 y 501.

601. Ello no significa que por ello el nacimiento del tributo constituya una pena, a pesar que muchas veces la frontera entre uno no resulta nítida. En este punto remitimos a lo expresado con Héctor Guillermo VIDAL ALBARRACÍN en “*La responsabilidad en las infracciones aduaneras*”, Revista La Ley 1989-A- p. 928. En este caso, el presupuesto de hecho del tributo viene dado por la situación objetiva del ingreso de la mercadería al mercado, con independencia de las reglas de atribución de responsabilidad por su pago.

602. LOPEZ OLACIREGUI, José María, en sus notas de actualización a la obra de SALVAT, Raymundo, “*Tratado de Derecho Civil – Parte General*”, TEA, Buenos Aires, 1964, T° I, § 1608-A, p. 209; donde el autor expresa: “*La base de la imputación radica en la posibilidad de que , desde el antes cronológico, en que estuvo colocado el autor del acto, haya podido prever, al tiempo de realizar el acto, las consecuencias dañosas que produciría. La previsión es el eje sobre el que se monta el mecanismo de la imputación*”.

603. ORGAZ, Alfredo, “*El daño resarcible*”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, § 14, p. 57; GOLDENBERG, Isidoro, “*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*”, Editorial Astrea, 1984, § 14, ps. 48 y 49.

604. ORGAZ, obra citada, § 12, p. 53.

605. ORGAZ, obra citada, § 19, ps. 71 y 72; GOLDENBERG, obra citada, § 10, p. 30.

606. BORDA, Guillermo, “*Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*”, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1976, T° I, § 139, p. 150.

607. GOLDENBERG, obra citada, § 43, p. 184.