



EL DELITO DE CONTRABANDO EN EL REGIMEN PENAL ADUANERO ARGENTINO

Alumna:

VALERIA FARIAS

Tutor:

Dr. Rubén César Pavé

Materia:

Derecho Penal Aduanero

Facultad de Derecho
Carrera Abogacia

Agosto 2003

RESUMEN

El presente trabajo comienza con una breve introducción sobre el régimen aduanero argentino, que incluye sus antecedentes históricos, la relación entre la Constitución Nacional y la organización Aduanera, los antecedentes legislativos y las fuentes que llevaron a la sanción del Código Vigente. En la misma se hace también una ajustada síntesis de Código Aduanero Vigente.

Luego se trata en extenso el delito de contrabando como tipo genérico, el bien jurídico tutelado, y se analiza los supuestos de contrabando simple y contrabando calificado, citando ilustrativamente jurisprudencia relacionada.

Sentado lo anterior, el trabajo trata los supuestos agravados y formas culposas, así como lo que se establece como Contrabando Menor, citando jurisprudencia relacionada. Pasa luego a comentar lo que el Código establece para la tentativa, examinando después ampliamente los agravantes que se tipifican para el delito en cuestión.

Por último se ve un análisis de los aspectos más destacables del ilícito aduanero en el Proyecto de Código Aduanero del Mercosur, terminando con mi humilde opinión personal.

OBJETIVO GENERAL

Analizar el tratamiento jurídico penal del delito de
contrabando en el marco del derecho aduanero

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Analizar pormenorizadamente el contrabando en sus distintas modalidades, desde el punto de vista genérico, simple, no solo desde le punto de vista doctrinario sino a través de casos jurisprudenciales.-
2. Analizar la relación entre la figura genérica del art. 863 del Código Aduanero y los supuestos del art. 864, así como también con los tipos agravados de dicho ordenamiento legal.-
3. Analizar la evolución de la configuración legal del delito de contrabando y el bien jurídico que tutela el mismo, es decir el control aduanero, culminando con un visión general al Proyecto de Código Aduanero del Mercosur.

FUNDAMENTACION

Me he planteado realizar la presente tesis, para hacer un estudio más profundo del delito de contrabando, sus agravantes, de acuerdo a la normativa que actualmente rige la materia, confrontándolo con la jurisprudencia.

Esto se debe a que según he visto, siempre se intenta hacer un estudio recortado de los fenómenos jurídicos, por lo que trataré de ensayar un análisis más completo, viendo no sólo sus aspectos normativos, sino también su evolución, como se confronta con la realidad, cual es su propuesta de cambio, viendo a Latinoamérica como una comunidad que lucha a futuro por protegerse contra este tipo de conductas delictivas

Me propongo hacer un breve estudio de los antecedentes históricos y normativos, encuadrando debidamente el tema delictual dentro del Régimen Aduanero Argentino.

Para lograr mis objetivos intentaré analizar exhaustivamente la tipicidad, viendo para ello su evolución histórica, porque si no sabemos como fue evolucionado el accionar de los delincuentes y cual ha sido la respuesta punitiva, no podremos aprender de nuestros errores.

Después creo que es imprescindible descifrar exactamente cual es el bien jurídico protegido, ya que si no sabemos que es lo que la sociedad a través de sus representantes intenta proteger no podremos descubrir la verdadera esencia del delito.

Una vez resuelta esta problemática pasaré a analizar concretamente el texto de ley vigente, intentando permanentemente una visión comparativa con otros supuestos llamados especiales haciendo lo propio con las circunstancias agravantes y las infracciones menores, para tratar de tener así una idea más completa de la hermeneútica que se ha querido obtener con la represión de estas actitudes.

Y por último, creo que no puedo hacer un análisis profundo del tema si no veo que nos puede deparar el futuro, por esto, incluiré un análisis doctrinario de el Proyecto de Código Aduanero del Mercosur.

Todo esto me permitirá, poder esbozar una conclusión personal, acerca de como veo el enfoque que actualmente se le da a esta problemática y como creo que debería ser tratada.

DESARROLLO DEL TEMA

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La etimología de la palabra “aduana” nos posibilita un primer acercamiento de la temática a tratar, y en este sentido las opiniones son diversas tanto en cuanto a su significado como a la lengua de la cual proviene. Así, E. Littré en su “Dictionnaire de la langue Française” considera que es necesario saber en que circunstancia o contexto se origina la palabra “douane” es decir, aduana.

Puede señalarse que, en cuanto a la lengua de la cual procede, la mayoría de las opiniones oscila entre un origen árabe y un origen persa. Para algunas la palabra Aduana proviene del italiano “DOANA O DAGANA” que a su vez provendría del árabe DIWAN. En el “Diccionario Enciclopédico Hispánico Americano” la palabra aduana proviene del árabe ADAYUN que significa “registro o libro de cuentas” y se la utilizaba para denominar a la oficina pública en la cual se registraban los géneros y mercaderías que se importaban o exportaban y cobrar los respectivos derechos. Por otra parte Pedro Gual villalbí sostiene que la palabra aduana deriva del árabe ADDIVAN, que era la casa o lugar donde se reunían los administradores de las finanzas para la percepción de los derechos o impuestos.

En cambio otros consideran que el origen de la palabra aduana proviene de la lengua persa de la cual nos habría llegado a través del árabe. Así Idelfonso Sánchez estima que la palabra árabe DIUAN O DIWAN como la italiana DOGANA proviene del vocablo persa DIVAN que significaba el lugar de reunión de los administradores financieros.

De esta manera la Aduana fue considerada institucionalmente desde sus orígenes como una oficina donde se efectúan registros relativos a mercaderías que a su ingreso o salida deben abonar tributos.

Las instituciones aduaneras se manifestaron de manera diversa según los distintos pueblos o civilizaciones así por ejemplo EGIPTO, que en la

época de comercio exterior era escaso, ya que su religión y costumbres lo alejaban de otros pueblos y, además, tenían un suelo fértil y abundante, no obstante se importaba maderas metales marfiles vinos aceite de oliva etc. y se exportaba trigo, textiles, cerámicas, perfumes, papiros etc.. Las exportaciones eran dispuestas por el faraón. Asimismo Egipto era un lugar de tránsito de las mercaderías que iban de la India y el Sur de Africa hacia el mediterráneo cobrándose un derecho de entrada y otro de salida así como un derecho de circulación. También se cobraba un derecho de “puertas” cuando se quería ingresar a una ciudad a negociar las mercaderías. También sobre algunos puertos del mar Rojo se cobraba un derecho de muelle. De esta manera vemos que los derechos de Aduana en Egipto eran múltiples.

Las Aduanas y los derechos aduaneros existieron también en la antigua Grecia, encontrándonos con tributos que graban las importaciones y exportaciones, pero más que la introducción o extracción de mercaderías a través de las fronteras, parece que se tenían en consideración la entrada o salida de la Ciudad o el acceso a un puerto determinado.

El lugar u oficina donde se coblaban los impuestos aduaneros se denominaba “Telonio”. En la Antigua Grecia además de existir restricciones indirectas al comercio exterior como exportación, también hallamos restricciones directas como ser las prohibiciones de exportar o importar determinados productos, por ejemplo se prohibió la importación de vinos (con un fin proteccionista), y la exportación de granos.

En la Roma antigua también encontramos derechos de aduana a través del instituto denominado “Portorium”. El Portorium resumía un derecho aduanero que se pagaba en las fronteras terrestres, marítimas, ingreso a ciudades, paso de puentes, rutas, etc., es decir, graba la circulación de la mercadería con un espíritu fiscalista con el afán de llenar las arcas del tesoro pero no de favorecer el tráfico comercial ni de favorecer a los productores, sino por el contrario el mismo se trababa. También había prohibiciones a la exportación como ser del hierro, piedras vinos, pero dichas protecciones no tenían carácter económico, sino que hacían a la seguridad pública.

En la Edad Media prevalecen en Europa las actividades del comercio entre pueblos y subsisten los pagos de peajes y derechos de aduanas, pero con el advenimiento abundando restricciones directas al comercio exterior como la prohibición de exportar salvo algunas ciudades como Génova y Venecia.

En Francia en el año 1687 se dicta una ordenanza que puede ser considerada como el primer Código de Aduanas de Francia y en el cual se dan los contenidos históricos de la legislación aduanera y que se componía de los títulos con catorce capítulos. El primer título trataba acerca de la percepción de los derechos de entrada y salida y el segundo acerca del procedimiento de entrada y salida de las mercaderías, declaración de las mismas, verificación y control. También aparece tipificado el delito de contrabando.

En España vamos a encontrar uno de los antecedentes históricos más importantes del derecho aduanero que se da con las “siete partidas” de Alfonso X apodado “El Sabio”, rey de Castilla, escritas en 1256/63. Esta obra ha de tener gran influencia en el derecho y sobre todo en el derecho aduanero toda vez que trata temas como el control aduanero, obligación de pagar tributos al equipaje aduanero, obligación de declarar la mercadería ante la Aduana, del contrabando, de las prohibiciones a la exportación etc.

En conclusión, estas consideraciones históricas de las distintas civilizaciones y pueblos, muestran a la Aduana como una institución encargada de controlar la entrada y salida de la mercadería de determinados territorios, con el fin de impedir esta entrada o bien de cobrar tributos por esta entrada o salida.

Asimismo cabe destacar con relación a estas manifestaciones históricas los siguientes puntos:

A) Existencia de prohibiciones a la importación y exportación de mercaderías: Estas restricciones se realizaron con el fin de autoabastecimiento (en exportación) y de proteccionismo (en importación).

B) Existencia de tributos que gravaban la introducción y la salida de mercaderías al territorio: Desde tiempo remoto los pueblos cobraban tributo a la entrada y salida de mercaderías de su territorio institucionalizándose con el advenimiento del estado moderno ya que el arancel aduanero que en un principio se lo utilizó como fuente de alimento de las arcas del tesoro, en la edad moderna se constituyó en un elemento de vital importancia para la política proteccionista.

C) Existencia de una organización especializada, “la Aduana”: Se recurre a una organización compleja integrada por varias personas que conforman el Servicio Aduanero que tenían como principal misión el registro de entrada

y salida de mercaderías, su control, verificación, percepción de tributos, observar las prohibiciones a la exportación o importación etc.

D) Tipificación de un nuevo ilícito “el contrabando”:
Constituía esta conducta el incumplimiento de la obligación de presentar las mercaderías ante las Aduanas, apartarse de los caminos o rutas habilitadas, transporte clandestino a través de las fronteras, en definitiva la violación del control de tráfico de exportación e importación.

CONSTITUCIÓN NACIONAL Y ORGANIZACIÓN ADUANERA:

La Constitución Nacional de 1853, al determinar las atribuciones del Congreso incluye disposiciones acerca de la materia aduanera como ser:

1- legislar sobre las Aduanas exteriores y establecer los derechos de importación y exportación que ha de satisfacerse en ellas (art. 64 inc. 1).

2- reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar por puertos que considera convenientes y crear y suprimir Aduanas (art. 64, inc. 9).

3- reglar el comercio marítimo de las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 64 inc. 12).

Asimismo en la constitución de 1853 se observan otras disposiciones relacionadas con la temática aduanera como ser la “libre navegación de los ríos de la Nación para todas las banderas” y la prohibición a las provincias de crear aduanas provinciales.

La Convención reformadora de 1860 afecto parte de las disposiciones aduaneras de la Constitución originaria y plasmo otras a las cuales la comisión redactora del Código aduanero debió ajustarse y que establecen lo siguiente:

Art. 4: El producto de los derechos de importación y exportación debe ingresar al tesoro de la nación.

Art. 9: Todas las Aduanas son nacionales. El congreso de la Nación establece las tarifas aplicables a ellas.

Art. 10: Prohibición de establecer Aduanas interiores. Prohibición de gravar la circulación de mercaderías nacionales o nacionalizadas dentro del país.

Art. 11: Prohibición de gravar con derechos el tránsito interprovincial de mercaderías.

Art. 12: Prohibición de gravar con derechos el tránsito interprovincial de buques e igualdad de puertos.

Art. 14: Libertad de comerciar de entrar, transitar y salir del país para los habitantes de la nación.

Art. 16: Igualdad ante la ley. Igualdad ante el tributo.

Art. 17: Inviabilidad de la propiedad. Solo el Congreso de la Nación se encuentra facultado para imponer derechos aduaneros. Principio de legalidad.

Art. 18: Principio de tipicidad “no hay delito ni pena sin ley anterior que los prevea.

Art. 20: Derechos de los extranjeros a comerciar y navegar los ríos. Prohibición de establecer contribuciones forzosas extraordinarias por su condición de extranjeros.

Art. 25: Fomento de la Inmigración. Prohibición de gravar con tributos la entrada al país de los extranjeros que vengán a trabajar.

Art. 26: Libre navegación de los ríos interiores de la Nación, para todas las Naciones.

Art. 27: Obligación del poder ejecutivo de afianzar sus relaciones comerciales con los demás países.

Art. 31: Las leyes de la Nación y los tratados como fuente formal de derecho.

Art. 52 (ex 44): Prerrogativa de la Cámara de Diputados en la consideración de los proyectos de leyes de contenido tributario.

Art. 75 (ex 67): Dentro de las atribuciones del Congreso se encuentran las de:

- -inc. 1: legislar en materia aduanera y establecer derechos de importación y exportación. Uniformidad de los derechos aduaneros en toda la Nación así como las evaluaciones, es decir, los criterios o base imponible para calcular los derechos aplicables en cada caso.
- -inc.10: crear y suprimir aduanas.
- -inc. 13: reglar el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí.
- -inc. 16: Seguridad de las fronteras.
- -inc. 18: Promover la inmigración, la introducción y el establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros. Otorgar concesiones temporarias de privilegios y recompensas de estímulos.

Art. 99 (ex 86): Trata sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo y las facultades del Presidente de la Nación, a saber:

- -inc. 1: el presidente de la Nación es el Jefe de la Administración Pública.
- -inc. 5: el presidente de la Nación puede indultar y conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal.

- -inc. 10: el Presidente supervisa la facultad del jefe de ministros con respecto a la recaudación de las rentas de la Nación.
- -inc. 11: el presidente puede Concluir y firmar tratados de comercio y navegación de límites y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las naciones extranjeras.

Art. 126: En relación a los gobiernos de provincia, se prohíbe que estas establezcan aduanas provinciales.

Un tema que no puedo dejar de analizar es el que se suscitó con las Aduanas preexistentes. Esta problemática, muestra una cuestión de intereses que se plasma en el art. 67 inc. 9 de la C.N. (hoy art. 75) en el cual se establecía que el Congreso puede crear y suprimir aduanas, sin que puedan suprimirse las Aduanas exteriores que existían en cada provincia al tiempo de su incorporación. Esta cláusula implica que las aduanas establecidas antes de la sanción de la Constitución Nacional no se podían ni suprimir ni trasladar, es decir, las aduanas preexistentes a 1860 eran indestructibles.

Se comenta que esta cláusula constitucional fue impulsada por el estado de Bs. As. como condición para su incorporación a la Confederación Argentina en 1860, y era una medida precautoria contra una segura mayoría provinciana en el Congreso que deseaba suprimir y trasladar la Aduana de Bs. As. fuera de la Provincia. El art. 20 del Código Aduanero faculta al poder con reserva de aquellas a las que se refiere el art. 67 inc. 9 de la C.N., pero cabe aclarar que hoy en día el art. 75 inc. 10 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, que trata las atribuciones del Congreso, omite el párrafo que prohíbe suprimir las aduanas exteriores que existen en cada provincia.

LEGISLACIÓN ADUANERA ANTERIOR AL CÓDIGO

Una vez sancionada la Constitución Nacional en 1853 y reformada en 1860, La Nación argentina emprende el camino a organizarse jurídicamente y esto se plasma a través de codificaciones y de grandes leyes sustanciales.

Existen una infinidad de leyes aduaneras desde 1860 hasta nuestros días, no obstante brindaré un panorama de las disposiciones más destacables por su contenido y trascendencia.

El primer gran ordenamiento normativo de legislación aduanera fueron las ordenanzas de aduana, sancionadas en 1866 como ley 181 y reformada diez años más tarde bajo la ley N° 810. La misma se divide en seis secciones con un número de 1079 artículos tratando dichas secciones acerca de las aduanas y sus operaciones, documentación y trámites aduaneros, operaciones comerciales en buques de guerra, náufragos y privilegiados, de la navegación, penalidades y sus procedimientos etc. El creador de esta legislación fue Don Cristóbal Aguirre primer Administrador Nacional de Rentas.

A partir de 1862 se empezó a legislar una ley de aduanas por año, incorporándose a las ordenanzas de Aduana, toda vez que esta ley anual fijaba los aranceles de importación, que por lo general consistía en un 25% ad valorem (derecho ad-valorem es aquel que se calcula aplicando un porcentual sobre el valor en aduana de las mercaderías art. 640 C.A.).

En 1894 con la ley 3050 se incorpora la pena corporal para el delito de contrabando, confirmándose al año siguiente con una sanción de un mes a un año de prisión.

Desde 1905 hasta 1923, el país vivió una época de prosperidad económica regulándose el comercio internacional con la ley de aduana 4933, pero en 1923 se sanciona la ley 11.281 por lo cual se aumentan los derechos de importación implicando una tendencia alcista que perduró muchos años.

Evidentemente la legislación aduanera sufría reformas constantes quedando disperso todo ese bagaje legislativo, implicando ello que en 1955 se ordenara ese conjunto de disposiciones en la **ley 14931**.

En 1962 la historia se repite y se sanciona un nuevo ordenamiento, pero esto no fue obstáculo para que sigan dictando disposiciones en la materia, volviendo a la dispersión, debiendo quedar en claro que la ley de aduana de

1923 (11281) fue objeto de reagrupamiento en tres oportunidades; 1941, 1956 y 1962, conviviendo dos ordenamientos paralelos (las ordenanzas y la ley de aduanas) sufriendo los mismos las sucesivas reformas precedentemente aludidas.

En materia penal aduanera el **decreto 6660/63** determinó la competencia judicial para el delito de contrabando, asimismo previo a la sanción del Código Aduanero (ley 22.415). Se legisla en materia de estímulos a la exportación, limitación de franquicias otorgadas a los equipajes, derechos antidumping, importaciones temporales etc.

Como se puede apreciar, atento a la dispersión reinante de la normativa aduanera, era necesario elaborar un cuerpo organizado de normas armónico y moderno capaz de regular en forma sistemática la materia aduanera hecho que no fue fácil en virtud del gran dinamismo que esta disciplina posee, pero no obstante, se logró con la sanción del Código Aduanero Argentino mediante ley 22.415, promulgada en Marzo de 1981 y entrando en vigencia en setiembre de ese mismo año.

FUENTES DEL CÓDIGO ADUANERO

NACIONALES

Las fuentes nacionales a que la comisión redactora del C.A. recurrió con mayor frecuencia fueron las ordenanzas de aduana de (ley 810) y la ley de Aduanas de 1962 con sus modificatorias y complementarias.

En lo que respecta a los agentes del Servicio Aduanero y facultades de la Administración Nacional de Aduanas nuestro C.A. se basó en la ley 22.091 de “autarquía aduanera” Así como diversas normas que regulaban la actividad de los auxiliares del Servicio aduanero, es decir, de los Despachantes de Aduana, Agentes de transporte aduanero e importadores y exportadores.

Asimismo se tuvieron en cuenta los decretos que regulaban el despacho de equipajes, franquicias diplomáticas, subasta de mercadería, jurisdicción en materia de contrabando etc.

Los Códigos Penal, Civil, Comercial, ley de procedimientos Administrativos, ley de procedimientos tributarios, influenciaron de manera directa sobre las disposiciones penales y procedimentales del Código Aduanero.

EXTRANJERAS

Dentro de las fuentes extranjeras que se ha valido el Código Aduanero Argentino, encontramos a la “Convención de Kioto” de 1973 desarrollada en el Marco del Consejo de Cooperación Aduanera y trata sobre limitación y armonización de regímenes aduaneros. En esta convención se buscó unificar los regímenes aduaneros, toda vez que la simplificación y unificación de los mismos evitaban el entorpecimiento legal vigente toma de esta Convención las definiciones de mercaderías, importación, exportación. También tiene influencia a temas como ser el ámbito espacial, destinación de importaciones, etc.

Otro Antecedente que tuvo en cuenta el C.A. es el G.A.T.T., que es un acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio, que desarrollaba las técnicas de valoración en aduanas de mercaderías (definición del valor de transacción ley 23.311).

También encontramos como antecedente válido las recomendaciones aceptadas por Argentina del Consejo de Cooperación Aduanera, que

es un Organismo Internacional encargado de realizar convenciones y recomendaciones relacionada con la materia aduanera.

LEY DE AUTARQUÍA N° 22.091

La ley 22.091, llamada ley de autarquía es una ley complementaria del Código Aduanero y en ella se refleja la atención a la organización administrativa y los recaudos presupuestarios para el funcionamiento de la Administración Nacional de Aduanas.

Tanto la ley de autarquía como el Código aduanero colocan a la cabeza de la Administración Nacional de Aduanas un administrador Nacional secundado por un Subadministrador Nacional, a quienes se les asigna funciones específicas (art. 23 del C.A. y 6 de la ley 22091) necesarias para cumplir con los objetivos asignados a la Aduana, traducándose en distintas funciones que le competen al organismo como ser según el art. 5 de la ley 22091, la fiscalización, control y percepción de tributos externos, identificación y control y percepción de tributos externos, identificación y control de mercaderías y medios de transporte internacional, política aduanera, competencia infraccional etc.

En síntesis los elementos más importantes de la autarquía son dos:

- A) las facultades con respecto al personal de la Aduana.
- b) las provisiones presupuestarias.

Sobre el personal de Aduana encontramos que el Administrador puede nombrar, promover, cesantear, sancionar y delegar funciones, así como nombrar responsables jurisdiccionales, representantes para juicios y fondos permanentes y cajas chicas, autorizar viajes al exterior etc. Corresponde hacer notar que las funciones del Administrador Nacional son enumeradas por el art. 23 del C.A., al cual luego nos referiremos.

Sobre el presupuesto: encontramos que los recursos de la A.N.A provendrán de: los importes que le destine el presupuesto anual, un 3% proveniente de la recaudación de otros organismos, las sumas provenientes de las prestaciones a terceros que realice el organismo, las comisiones que se rallasen por remates de mercaderías, los importes de la venta de inmuebles y muebles etc.

LEY 22415 Y SU REGLAMENTACION

Como se ha sostenido precedentemente la dispersión de la legislación aduanera implicaba graves trastornos a los operadores económicos y al funcionario aduanero mismo, es por eso que era necesario reunir estas disposiciones, sistematizar y armonizar los grandes temas del derecho aduanero en un cuerpo legislativo y esto se lograría a través de la codificación del derecho aduanero. El Código Aduanero se sanciona en 1981 a través de la ley 22.425, reglamentándose por el Decreto 1001 del año 1982. El Código Aduanero consta de un título preliminar con 16 secciones y 1991 artículos.

A continuación analizaré en forma somera las distintas secciones del Código Aduanero, a saber:

Exposición de motivos y título preliminar

La exposición de motivos pretendió mostrar a través de su obra, que la misma constituye una herramienta completa, dinámica y actualizada en donde se sustenta toda la actividad del Servicio aduanero.

El título preliminar comprende tres capítulos que son:

Ambito Espacial

La Comisión redactora habla en este caso de “ámbito espacial” y no de territorio aduanero, toda vez que el ámbito espacial en este caso es el territorio donde la Nación Argentina ejerce su soberanía y dominio exclusivo, y la que se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y exportaciones. En un país puede coexistir varios territorios aduaneros (por ej. en argentina existe un territorio aduanero general y otro especial) o un territorio aduanero puede abarcar varios países (por ej. la CEE, MERCOSUR, etc.).

También encontramos en este título (art. 3) los distintos ámbitos que no constituyen territorio aduanero, ya que si bien se encuentran sometidos a la soberanía nacional, no se va aplicar en ellos un sistema especial arancelario y de prohibiciones a la importación y exportación.

Asimismo vamos a encontrar las distintas zonas aduaneras (primaria, secundaria y de vigilancia especial) en donde según la zona se podrá realizar ciertas operaciones aduaneras y donde el servicio aduanero tendrá distintas potestades en relación al control de mercaderías, medios de transporte, personas, documentación etc.).

Importación y exportación:

El capítulo segundo del título preliminar se encarga de definir a la importación como la introducción de mercaderías a la importación como la introducción de mercaderías al territorio aduanero, y exportación como la extracción de cualquier mercadería del territorio aduanero

Mercaderías:

El capítulo tercero trata la definición de mercaderías, optando el legislador por ser bastante amplio y abandonando definiciones que excluían a los bienes intangibles y los servicios, siendo que hoy en día y a los efectos aduaneros los mismos forman parte del concepto de mercadería siendo esta todo objeto susceptible de ser importado o exportado (art. 10).

Asimismo se establece la nomenclatura a tener en cuenta para individualizar y clasificar a la mercadería en los distintos aranceles.

Sección I

Esta Sección comprende los arts. 17/111 y hace referencia a los sujetos del derecho aduanero entendiéndose por tales al Servicio aduanero como a las personas que entran en vinculación con él, con relación al tráfico internacional de mercaderías, es decir, despachantes de aduanas, agente de transporte aduanero, importadores/exportadores, apoderados, dependientes, proveedores de abordaje etc.

Con relación al Servicio aduanero se trata la organización de la Administración Nacional de Aduanas, sus facultades y funciones y los agentes del Servicio Aduanero.

Con respecto a los auxiliares del comercio y del Servicio aduanero mencionados precedentemente, encontramos a las definiciones de cada uno de estos, requisitos, suspensión o eliminación del registro, sanciones, sumario disciplinario y sus respectivos procedimientos.

Sección II

Comprende los artículos 1127129 y trata acerca del control que ejerce el Servicio aduanero en las distintas zonas (primari-secundaria-vigilancia especial- mar territorial argentino y zona marítima aduanera- mar suprayacente al lecho y subsuelos submarinos)

Sección III:

Comprende los arts. 130/320 y trata la Importación con sus cuatro etapas: Arribo de la mercadería por los distintos medios (acuático, aéreo y terrestre). Permanencia de la misma. Descarga y destinación que puede ser definitiva para consumo materializándose a través del despacho directo a plaza o suspensivas (temporarias, deposito de almacenamiento, tránsito).

Sección IV:

Comprende los arts. 321/409 y trata acerca de la exportación, las destinaciones de exportación (definitiva para consumo, suspensiva de exportación temporaria, suspensiva de tránsito de exportación, destinación suspensiva de removido) y salida de la mercadería.

Sección V:

Comprende los arts. 410/465, trata acerca de las disposiciones comunes a la importación y exportación, y encontramos tres títulos que son: Operación de trasbordo; Despacho de Oficio; Régimen de garantía.

Al hablar de trasbordo estamos haciendo referencia a la operación de traslado de mercaderías de un medio de transporte a otro, permisible, siempre que dicha mercadería se encuentre incluida en la declaración de la carga y no hubiere sido descargada.

En el título de Despacho de Oficio nos encontramos con un procedimiento por el cual la A.N.A. procede compulsivamente a dar destinación a las mercaderías de importación o exportación que se encuentran sin titular conocido, sin declarar o en rezago, comisada o abandonada o susceptibles de demérito. A esos fines el Servicio Aduanero ordenará la venta de las mercaderías previa verificación, clasificación y valoración. El último título de esta Sección trata el tema del régimen de garantías, que se da en los casos en que el particular pretende realizar determinadas operaciones aduaneras en donde existe un riesgo para el Fisco a los fines de obtener su crédito, por lo tanto la Aduana exige una garantía. Los supuestos son los enumerados en el art. 453 del C.A. y pueden ser: obtener libramiento de mercaderías cuya importación o exportación estuviere sujeto a una eventual exigencia e indiferencia de tributos, libramiento de mercadería sometida al régimen temporario, cobro anticipado de reintegros, etc.

Sección VI

Comprende los arts. 466/584 y trata sobre regímenes especiales regulados en trece capítulos (medios de transporte, contenedores, equipajes, rancho, pacotilla, franquicias diplomáticas, envíos postales, muestras, reincorporación para consumo, importaciones o exportaciones para compensar envíos con deficiencias, tráfico fronterizo, caracterizan por tener distinto tipo de control y tratamiento arancelario.

Sección VII

Comprende los arts. 585/607 y trata sobre áreas que no integran el territorio aduanero general y que son: lecho y subsuelo submarinos, mar territorial, área franca y área aduanera especial. En esta Sección se puede observar la aplicación de tratamientos arancelarios especiales a distintos sectores geográficos, que por cuestiones de índole geopolítica se excluyen del tratamiento general.

Sección VIII

Comprende los arts. 608/634 y trata sobre las prohibiciones a la importación y a la exportación. Estas prohibiciones pueden ser económicas o no económicas según su finalidad y relativas o absolutas según su alcance. Son económicas las prohibiciones que se establecen con el fin de proteger la fuente de trabajo nacional, la política cambiaria y monetaria de un estado, la propiedad intelectual e industrial, etc. Son no económicas las prohibiciones que tiene como fin la defensa del Estado, la seguridad pública, la salud pública, la política internacional etc.

Sección IX

Comprende los arts. 635/7819 y trata acerca de los tributos regidos por la legislación aduanera, englobando la totalidad de los tributos que son susceptibles de aplicarse bajo esta legislación, definiéndose su tipología y aplicabilidad. Encontramos los derechos de importación y exportación. Asimismo encontramos tributos que se aplican como soluciones especiales, para transacciones en donde exista un perjuicio nacional ya sea por contravenciones de particulares o de otros estados, y estos son: el impuesto de equiparación de precios, los derechos antidumping, los derechos compensatorios. Por otra parte encontramos los tributos con afectación especial (recauda para otros organismos), la Tasa de Estadística (creada para mantener un servicio de información al comercio exterior) a través del INDEC, la tasa de

comprobación de destino (para mercaderías con excepciones tributarias pero sujetas a condición), tasa de almacenaje (cobra la Aduana cuando presta un servicio de bodegas o depósitos propios) y tasa de servicios extraordinarios (por operaciones fuera del horario hábil del Servicio Aduanero).

Sección X

Comprende los arts. 820/855 trata sobre los estímulos a la exportación mediante un sistema de devolución de determinados tributos, mas precisamente los de reintegro, reembolso y draw-back.

Sección XI

Comprende los arts. 856/859 y trata el tema de la retorsion: que consiste en la reciprocidad de tratamiento para paises que aplican tratamientos para paises que aplican tratamiento discriminatorio para medios de transporte o mercaderías de origen nacional.

Sección XII:

Comprende los arts. 860/996 y trata sobre las disposiciones penales del código aduanero realizando una división entre delitos e infracciones aduaneras, tratando dentro de los delitos aduaneros la figura del contrabando y sus derivados tales como encubrimiento, tentativa, actos culposos que posibilitan el contrabando, las penalidades aplicadas por la autoridad administrativa y las aplicadas por el poder judicial, en virtud a la doble jurisdicción del delito de contrabando, la extinción de acciones y penas, la responsabilidad de autores, partícipes, cómplices, instigadores etc.

En cuanto a las infracciones encontramos los principios generales del derecho infraccional aduanero, responsabilidad, se detallan los distintos tipos infraccionales, la extinción de acciones y penas etc.

Sección XIII

Comprende los arts. 997/1000 y trata sobre las preferencias aduaneras en donde se tratan una serie de supuestos por el cual se acuerda privilegio al crédito fiscal de la Aduana frente a los créditos de los demás acreedores que pudieran llegar a tener el deudor.

Sección XIV

Comprende los arts. 1001/1183 y trata sobre los procedimientos, en un primer lugar sobre las disposiciones comunes a todos los procedimientos ante el Servicio Aduanero, que permiten observar las formas en las presentaciones, los domicilios, notificaciones, plazos, personería, jurisdicción, competencia, etc.

En un segundo término trata los distintos procedimientos especiales que son los de: Impugnación, de repetición, para las infracciones, para los delitos, de ejecución. Asimismo trata sobre los distintos recursos que son: revocatoria, de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, demanda contenciosa ante el Juzgado Federal, y Procedimiento ante la Cámara Federal.

Sección XV

Comprende los arts. 1184/1185 se refiere a las disposiciones complementarias y se refiere a la obligación del Poder Ejecutivo de mantener constantemente el ordenamiento normativo aduanero.

Sección XVI

Trata sobre disposiciones transitorias.

REGLAMENTACIÓN DEL CODIGO ADUANERO-DECRETO 1001/82 Y RESOLUCIONES ADUANERAS EN VIGENCIA

Este decreto reglamentario se aprueba en Mayo de 1982 y se reglamentan varios artículos del Código Aduanero, revistiendo importancia las normas que se refieren a los auxiliares del Servicio Aduanero, arribo de mercaderías según el medio de transporte a utilizar, almacenamiento de mercaderías, entrada y salida de automotores, régimen de equipajes, rancho, pacotilla, régimen de muestras etc.

Por otro lado la A.N.A. se encarga de dictar resoluciones que van complementando o reformando la actividad concerniente al tráfico internacional de despacho de mercaderías, control y verificación de mercaderías en importación y exportación, selectividad de canales, cobro de reintegros, régimen de garantías, etc. Como se podrá observar la dinámica de la operativa aduanera implica un ritmo vertiginoso de dictado de resoluciones por parte de la A.N.A., emitiendo anualmente un boletín de repartición en el cual se encuentran las normas en vigencia.

PROYECTOS DE REFORMA

El código aduanero, desde su sanción en 1981 no ha sufrido reformas sustanciales, no obstante haberse reglamentado distintos artículos del mismo. Con la puesta en marcha del Mercosur, un ambicioso plan de gobierno que tiene por finalidad la integración económico-regional entre los estados partes, se pone en marcha la unión aduanera de estos estados mediante las decisiones 22/94 y 24/94 del Consejo Mercado Común, aprobándose un arancel externo Común. Dentro de este contexto y mediante la Decisión N° 25794 del CMC, se aprueba el de Código Aduanero del Mercosur, que actualmente no rige en virtud de tener media sanción en el Congreso de la Nación, rigiendo actualmente en materia aduanera el Código Aduanero Argentino (ley 22.415), las resoluciones y disposiciones en vigencia a las cuales se les ha incorporado la normativa Mercosur que se manifiesta en resoluciones aduaneras, decretos y leyes del P. Ejecutivo y Congreso De la Nación.

En cuanto a su vigencia este Código aduanero del Mercosur reemplazaría a los Códigos aduaneros nacionales de los estados partes, y requiere aprobación legislativa y ratificación y entrará en vigor treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación.

Este código Aduanero del Mercosur contiene trece títulos con un total de 186 artículos, siendo criticado por la doctrina aduanera por su carácter fiscalista y recaudador, por una tendencia simplificadores, delegando en normas de aplicación la solución de temas que tienen que ver con los derechos de los administrados, creación de tipos infraccionales abiertos, etc.

No obstante estas críticas, se deben valorar el esfuerzo y la intención por armonizar en un ordenamiento normativo la materia aduanera del Mercosur, debiendo tenerse en cuenta dichas críticas con el fin de lograr lo antes posible, pero con la madurez necesaria la codificación precedentemente expuesta.

Luego de esta breve introducción, en la que modestamente he pretendido dar un pantallazo general acerca del Régimen Aduanero Argentino, para podernos ubicar mejor en el tema eje de esta tesis que es el delito de contrabando pasará a dar un marco teórico que de referencia a como lo entienden prestigiosos autores y sacar mi propia opinión sobre tal tratamiento.

EL DELITO DE CONTRABANDO

EVOLUCIÓN

Desde los tiempos coloniales el contrabando y demás ilicitudes aduaneras fueron regulados aisladamente por las autoridades combatiéndose mediante decretos y leyes represivas.

Luego de sancionada la Constitución nacional, se estructuró el derecho aduanero con la sanción de la ley 181 en el año 1866, modificada por ley 810, dictada el 5 de octubre de 1876, que sancionó las Ordenanzas de Aduanas redactadas por Cristóbal Aguirre.

Tal normativa definía el contrabando en su art. 1036 estableciendo: “las operaciones de importación o exportación ejecutadas clandestinamente o en puntos no habilitados por la ley o por permiso especial de autoridad competente, las hechas fuera de las normas señaladas y las que se desvíen de los caminos marcados para la importación y exportación.

Tal acción, que era reprimida con las penas de comiso y multa igual al valor de la mercadería, sólo fue considerada delito con la sanción de la ley 3050; que instituyó en su art. 22 el delito de contrabando penándolo con hasta un año de prisión.

Tanto la conducta punible como la pena aplicable han sido objeto de sucesivas reformas tendiente a evitar la difusión de este delito y captar sus distintos accionares.

A pesar de la actitud tomada por el Estado el aumento del contrabando, motivada por la precariedad de los medios de control, la extensión de la frontera y los errores del sistema fiscal, provocaron la sanción de numerosas leyes que intentan aprehender todas las variantes posibles de su comisión. Pero las nuevas previsiones legales producen un mayor perfeccionamiento del delito tendiente a burlar la prohibición haciendo necesario nuevos cambios.

Como consecuencia de este proceso el delito de contrabando va transformando su naturaleza tanto en su tipo legal como en la pena aplicable, lo cual resulta necesario resaltar a efectos de apreciar su evolución.

En las Ordenanzas de Aduana, el art. 1036 citado, se pone el acento en la clandestinidad. La clandestinidad ha sido definida como “lo que se hace o se dice secretamente por temor a la ley o para eludirla” (2).

Luego la ley 11281 promulgada en 1923 introduce los conceptos de “ocultación” y “disimulo”. El ocultamiento es un hecho real, concreto, positivo. Es la utilización de un medio; en cambio el disimulo, lo representa la presentación de mercaderías en envases comunes o especiales de otras o mediante su acondicionamiento entre efectos de inferior especie o calidad(3). La mencionada ley establece también que el delito de contrabando se configura cuando existe “un acto tendiente a sustraer las mercaderías a la verificación de la aduana”, y penaba con prisión de un mes hasta tres años, sanción que era independiente de las previsiones en las Ordenanzas de Aduana.

Por último la legislación penal sobre contrabando tiene como punto de partida la ley 14.129, sancionada el 23 de julio de 1952, que mantiene la tipificación del delito de contrabando como lo preveían la ley 810 y al 11281, agregando expresamente que el delito se configura aunque no haya perjuicio fiscal e incorporando el puesto de operaciones con mercaderías de introducción prohibida. Distinguía entre contrabando supe y contrabando calificado, cuyas penas llegaban a 10 años el primero y 20 años el segundo.

Pero luego fue atenuada mediante la ley 14.391 y el decreto-ley 19.217 bis/56, cuyas disposiciones fueron ordenadas con las de la ley 14.129.

Más adelante, la ley 14.972 (1959) se substituyó el régimen del contrabando, ampliando la definición genérica de contrabando entendiendo por tal a las maniobras que se realicen para impedir, no sólo el ejercicio de la función aduanera, sino también el adecuado ejercicio de las facultades que las leyes acuerdan a las Aduanas.

En 1967 se sanciona la ley 17.586, que en lo referente al tipo básico de contrabando substituye, en el inc. d del art. 187 de la Ley de Aduana el término “delito” por “actos u omisiones” y agrava sus penas.

La ley 20.509 de 1974 retoma al sistema creado en la ley 14.792, ya que no da ninguna eficacia a toda creación que no provenga del Congreso de la Nación.

Así llega la modificación integral en materia penal aduanera a través de la ley 21.898 (4), que a su vez es reformada por el Código

Aduanero sancionado por ley 22.415, que constituye el régimen actual, vigente desde el 24/9/81, a partir de los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial.

Como puede verse, esta evolución fue siguiendo los rasgos característicos del delito y su evolución, ya que como lo he puesto de manifiesto, a medida que la legislación avanza, el delito se va perfeccionando. Así puede verse que comienza como una ocultamiento o disimulo para burlar el control aduanero y con el tiempo se llega a incorporar lo que la práctica moderna denomina contrabando documentado.

Por otro lado, el combate de tal accionar no se conforma con la legislación penal. Un mal ordenamiento económico, es la principal causa de las desviaciones, y el sistema penal, cualquiera sea su formulación, no puede remediar ni impedir que tales actos ilícitos se lleven a cabo, careciendo entonces de eficacia preventiva o correctiva.

De tal forma, la estructura económica favoreció el desarrollo del contrabando en forma directa, intensiva y hasta organizada. La realidad es que los excesivos controles y prohibiciones a los importadores habían terminado por valorizar en forma desmedida las mercaderías extranjeras(5), incentivando también desmedidamente el interés y el esfuerzo por evadir los controles aduaneros

DEFINICION GENERICA DEL CONTRABANDO

La ley 21.898 introduce un cambio metodológico consistente en dividir el art. 187 en dos apartados. El primero se lo considera como la figura básica de contrabando, le exige que medie ardid o engaño en la conducta punible, mientras que el segundo, son los supuestos especiales del delito y se subdivide en incisos. Genéricamente requieren que se actúe “a sabiendas”, aún sin mediar ardid o engaño.

El art. 863 del Código aduanero recoge el texto del apartado 1 del art. 187, con algunas diferencias terminológicas, y en el art. 864 el apartado segundo pero como conductas punibles distintas y no ya supuestos especiales de un figura básica.

El art. 863 pone de sobresalto el medio ardidoso o engañoso empleado. Puntualmente expresa que “... el que por cualquier acto u omisión...”, lo que significa que no se requiere un acto u omisión determinado sino que se satisface con cualquiera que tienda a ese objeto, y que éstos pueden ir separados del ardid o engaño que seguidamente se exige.

Sin embargo, lo relevante a los fines del accionar delictivo no son los “actos u omisiones” sino que medie ardid o engaño, pues, los actos u omisiones que produjeron tal efecto obstaculizante, si no asumen o van acompañados de otros elementos ardidosos o engañosos, escapan a esta figura y caen en los supuestos del art. 864, se concluye que esta referencia resulta innecesaria.

El Art. de mentas, reza a continuación “...impidiere o dificultare...” de manera que se requiere que la autoridad aduanero resulte impedida o dificultada en el ejercicio del control a su cargo por la conducta del sujeto activo. De esta forma los actos u omisiones ardidosos o engañosos que tienda a impedir o dificultar las funciones asignadas al servicio aduanero y que no logren su objetivo, quedarían en el ámbito de la tentativa del delito tipificado, ya que para su consumación requiere que se afecte el bien jurídico protegido.

No obstante, en la ley se sanciona con las mismas penas a la tentativa que al delito consumado, por tal razón esta diferenciación queda solo en un plano dogmático.

En cambio, como es punible tanto la tentativa como el delito consumado con idéntica severidad, es de fundamental importancia distinguir la tentativa de los “actos preparatorios”, ya que esto no son punibles.

El ardid según la Real Academia Española, es la treta o medio empleado diestra y astutamente para el logro de algún fin; y engaño es dar a la mentira viso o apariencia de verdad. Inducir a otro, mediante palabras u obras aparentes o fingidas, a creer lo que no es.

Esta diferencia no tiene relevancia en el ámbito legislativo, ya que el art. equipara ambos conceptos, en cuanto produzcan el resultado exigido, por lo tanto el efecto es el mismo.

La terminología empleada, es muy similar a la que utiliza el art. 172 del Código Penal al definir la figura genérica de estafa, por lo que en doctrina se han relacionado comúnmente ambos tipos legales.

Tal vinculación se encuentra plasmada en las exposiciones de motivos brindadas con respecto al proyecto de la Ley y la Nueva redacción del art. 187 de la Ley de Aduanas, texto anterior a la ley 21.898, que constituyó el antecedente de la norma en comentario. En definitiva existe un mismo nexo causal, ambos utilizan un ardid o engaño, para producir un error, pero en el contrabando específicamente se intenta evadir el servicio de control aduanero

En realidad, el ardid o engaño exige necesariamente como correlativa la existencia de una persona física sobre quien se ejerce. No cabe hablar de ardid o engaño en relación con una función del control aduanero en abstracto, sino dirigidos a dificultar o impedir el adecuado ejercicio de la misma por parte de la autoridad aduanera (persona física) interviniente. La Aduana, como ente ideal no es susceptible de engaño; sólo lo es la persona que actúa por ella.

Ahora bien, lo que se trata de establecer es que la autoridad aduanera interviene ejerciendo su control, pero en forma viciada por haber sido inducida a error por el ardid o engaño desplegado por el autor del ilícito.

Soler define el ardid como “el astuto despliegue de medios engañosos”, agregando que “para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante” (6).

Se puede deducir, por tanto, que en el contrabando el propósito de inducir a error está incito en el ardid o engaño, lo cual es similar a la estafa, pero tienen en sus tipos una diferencia radical, este delito contra la propiedad privada requiere que se produzca el resultado, en tanto que el contrabando se conforma aún sin la producción del resultado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó este paralelo delictual sobre la base de la anterior redacción (art. 187), puntualizando que “dentro de la concepción actual del derecho penal económico, la finalidad de la figura de contrabando no es primordialmente la preservación de la integridad de la renta fiscal –lo que podría conducir a la analogía entre la estafa y el contrabando realizado con fraude- sino la preservación de los objetivos de la política económica fijados por el Estado en su carácter de órgano rector de la economía nacional”(7).

Hasta aquí, genéricamente he definido la figura del contrabando, trataré ahora de analizar algunos aspectos secundarios, que se requieren igualmente para realizar su tipo.

El primer problema es el tema de la idoneidad en el ardid o engaño a efectos de determinar su alcance en materia aduanera.

Debemos analizar si por ejemplo la simple declaración mendaz es constitutiva de engaño a los fines del delito.

Aclara Vidal Albarracin(8) que si bien el engaño consiste en la falta de verdad en lo que se piensa, se dicte o se hace creer, el mismo se diferencia de la simple mentira. El engaño es una mentira eficaz, para hacer incurrir en error al sujeto pasivo, mientras que la simple mentira, en principio, no tiene capacidad para producir ese efecto.

En el ámbito de la estafa se requiere que exista una “cierta exterioridad engañosa, artificiosa” que predisponga el ámbito del defraudado, sin que se exija una exagerada aparatosidad o teatralidad o una *mise en scene* (puesta en escena), como llama la doctrina francesa al despliegue de medios externos y engañosos. De ello se desprende que a la simple mentira le faltaría entidad objetiva para hacer equivocar al sujeto pasivo, pues se le exige un cierto complemento exterior sin llegar a la artificialidad de la puesta en escena(9).

Lo importante es medir la eficacia de la falsedad en cada caso concreto, no siendo acertado afirmar que en todos los casos la simple mentira no es suficiente y que siempre se requiere un cierto respaldo objetivo, pues si bien ello es válido para la generalidad de los casos, en algunos supuestos la palabra puede ser suficiente para convencer y motivar una prestación patrimonial perjudicial.

La práctica aduanera lleva a no requerir maniobras complejas para considerar que se ha inducido a error a la autoridad interviniente. Así, la celeridad con que ésta debe actuar frente a la fluidez del tráfico mercantil, en contraposición con los elementos materiales de que dispone, hace que se disminuyan

sus posibilidades de advertir el engaño y exige un criterio menos riguroso para determinar su entidad.

Esto es justamente lo que justifica que en materia de contrabando la doctrina se aleje de la que fundamenta la idoneidad del ardid en la estafa. La postura de que en el ámbito de ésta última se exige un mínimo de diligencia por parte de la víctima (10) pierde relevancia para la configuración del delito de contrabando, pues en la medida que el servicio aduanero haya sido inducido a error y en virtud de él se haya obstaculizado el adecuado ejercicio de la función de control a su cargo, la conducta punible genérica se ha cometido, sin tener siquiera que entrar a analizar las deficiencias de la autoridad aduanera.

Siguiendo con el texto del artículo 863, vemos que el fin perseguido por el autor debe ser impedir o dificultar el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero, este sería un dolo del tipo que tiene que ver con su intencionalidad final.

La ley 21.898 reemplazó solamente la expresión “facultades” de su antecesor (art. 187 ley 14.792), por “funciones”, a fin de significar que no se trata de un poder-facultad-, sino de un poder-deber (11). Esto se debe a que una de las tareas fundamentales de la Aduana es ejercer el control de las importaciones y exportaciones, y ellos constituye su función y no una mera facultad, pues está obligada a desempeñarla.

Su trascendencia se manifestó a través de su aplicación, ya que fue delineando el bien jurídico tutelado por el delito, extendiendo su alcance, al par que estructuró los elementos de su tipo penal.

Esto se ve con más claridad cuando se aprecia la posibilidad de que se cometa el delito, aun sometiendo las mercaderías a verificación aduanera siempre que medie ardid o engaño, y se abandona la noción de que el bien jurídico protegido reposa sobre la recaudación fiscal, para apuntar al conjunto de las facultades legales que corresponden a la Aduana y que constituyen el régimen de control aduanero.

Algunos autores como Di Fiori-Ferro- (12) han llegado a sostener, por la razón antes expuesta, que se prescinde del dolo, aunque en realidad no es así, la conducta exige que se impida o dificulte el adecuado ejercicio de la función de control aduanero mediante ardid o engaño y esto sólo se configura a través de un accionar doloso que causalmente produzca el efecto buscado. Un accionar no

intencional, aunque impida la función de control queda fuera de lo previsto por esta normativa.

En las discusiones parlamentarias que llevaron a la promulgación del art. en cuestión, se escucharon algunas opiniones de destacados expositores donde se hablaba de la violación al principio de legalidad, que exige ley anterior. Afirmaba que existía una delegación que era contraria a los principios constitucionales(13).

Esto no parece ser así, hay que tener en cuenta que a un delito complejo como es el contrabando, cuyo *modus operandi* evoluciona permanentemente, tratando de evadir la legislación, no puede configurárselo con una fórmula casuística. El legislador debe estructurar un tipo penal genérico, que respetando los principios constitucionales, permita aprehender las distintas formas de comisión, si pretende lograr su cometido.

Se trata de un tipo penal abierto que requiere revisar el ordenamiento aduanero para determinar si se ha burlado esa función primordial que otorga un margen de apreciación librado al prudente criterio del juzgador, y como tal no viola el principio de legalidad. El tipo abierto es un tipo que requiere una complementación judicial de sus elementos. Es el juez, en el momento de aplicar la ley, el que debe complementarlo (14).

El límite se encuentra fijado por el régimen aduanero, el cual se ha precisado por la ley 21.898 al sustituir el término “facultades” por el de “funciones”, y aún más con su actual redacción. Asimismo, a continuación se agregó la expresión “para el control sobre las importaciones y las exportaciones”, precisión que se estima necesaria y cuya procedencia se hace manifiesta atento las disposiciones concordantes. De tal manera se requiere que se afecte la función de control sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías y no otra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Diferentes Supuestos De Participación

“La coautoría del caso se sustenta en que ambos procesados actuaron como coportadores de la resolución del hecho, cuya ejecución se subdividió en actos parciales –compra de la mercadería en el exterior, ingreso a plaza y posterior venta y distribución.

T.O.P.E. N° 2, ‘Alvarez, J. C. y Castro, J. S/ contrabando’, voto Lemos – De la Cárcova, 23/5/94, reg. 75/95”.

“La coautoría del caso se la sustenta en la participación de ambos en los respectivos procedimientos, sin que se advierta una distribución especial de tareas. Por lo demás, no resulta del caso una diferenciación en orden a las mercaderías que serían de uno u otro, pues objetivamente ambos colaboraron en el ingreso indebido de la totalidad de los efectos del caso. T.O.P.E. N° 2, ‘Ferrando, Carlos Aldo y Levi, Ernesto Alberto s/ contrabando’, Losada – Lemos – De la Cárcova, 10/12/93, reg. 17/93”.

“El imputado Luna, al haberse puesto de acuerdo con ‘Juan’ para que éste introdujera ilegalmente cigarrillos extranjeros al país dándole a esos efectos un dinero determinado, para luego recibir un porcentaje de las ventas respectivas, debe responder como coautor de contrabando, atento a haber adoptado la decisión común con ‘Juan’ (plan en conjunto y colaboración objetiva). T.O.P.E. N° 2, ‘Cisnero, M. D. y Luna, B.F. s/ contrabando’, voto Losada, 5/5/94, reg. 69/94”.

“Se analizará al conducta desplegada por el imputado Luna, como constitutiva del delito de contrabando simple (art. 863 del C.A) en calidad de partícipe secundario (art. 886, 2° párrafo del C.A); ello por cuanto se intervención en el hecho se limitó a entregar a una persona identificada como... cierta suma de dinero a fin de que éste adquiriera la mercadería del caso y efectuara el ingreso de la misma al país, circunstancia que era conocida por el imputado Luna. T.O.P.E. N° 2, ‘Cisnero, M. D. y Luna, B. F. s/ contrabando’, voto Lemos – De la Cárcova, 5/5/94, reg. 69/94.”

“En la medida en que el servicio aduanero inducido a error y en virtud de el se haya obstaculizado el adecuado ejercicio de la función a su cargo, la conducta punible genérica del art. 863 se cumple acabadamente; en otras palabras, para el delito de contrabando ... el empleo del ardid o engaño será idóneo cuando haga incurrir en error a la autoridad aduanera interviniente y de esa manera se impidiere o dificultare el rol o función que detenta.” Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 8/3/99, “Oliva, Gerli, Carlos Gustavo y otros s/ recurso de casación”.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Como es sabido, el bien jurídico tutelado no integra el delito, pero su especificación es esencial para conocer cual es finalidad última del sentido de la ley, por lo que es fundamental para este trabajo determinar cual es bien jurídico protegido por el delito de contrabando.

Hay que aclarar que encontrándose esta materia legislada fuera del Código Penal, no podemos acudir al bien jurídico contemplado en el capítulo o título respectivo, sino que debemos partir de elementos circundantes al tipo penal del delito y su evolución legislativa.

En un principio se tendía a proteger el control aduanero al igual que evitar un perjuicio fiscal. La doctrina sostenía que “el elemento intencional y la clandestinidad” eran indispensables en la configuración del contrabando pero que en menor medida también lo era el perjuicio fiscal.

A través de la reforma introducida por la ley 14.129, se agregó, como párrafo final al art. 187 de la Ley de Aduanas: “...para la configuración de este delito no es necesaria la concurrencia de perjuicio fiscal”, desde aquí en adelante, no se requiere para la consumación del delito tal perjuicio, siendo suficiente que se afectare el régimen de control establecido por la Aduana para las operaciones que ante ella deban realizarse.

Superado entonces, el concepto de que la actividad aduanera es sólo la percepción de los derechos de importación y exportación y que consideraba como bien jurídico tutelado la recaudación de la renta pública, se empieza a entender que “El núcleo de la protección jurídica del contrabando es la protección de esa legislación específica de la Aduana, en otros términos, el régimen de control aduanero” (15).

Para terminar de aclarar la errónea concepción, la Ley 21.898, según indica en su Exposición de Motivos, nos explica que lo que se intenta proteger es el adecuado ejercicio de la función de control del tráfico internacional de mercaderías asignadas a las aduanas.

Luego el Código Aduanero siguiendo esta estructura que intenta especificar más el contenido del contrabando, quiso dejar 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 de la política aduanera, “El papel general de la Aduana consiste en

vigilar el cumplimiento de las prohibiciones legales referentes al tránsito de las fronteras, y dichas prohibiciones se fundan en diferentes razones: fiscales, económicas, sociales y de higiene pública” (16).

Este es el bien jurídico protegido por el delito; los otros son derivaciones del control aduanero que debe ejercerse. Así, por ejemplo, en un caso la salud pública podrá integrar el control aduanero, pero no porque en sí misma sea resorte de la Aduana sino porque es el fundamento de una prohibición a la importación o a la exportación.

Por lo tanto, el contrabando es un delito formal o de pura actividad, esto es, se perfecciona con la pura acción del sujeto, sin que haya un resultado externo, basta que se lesione el bien jurídico, o sea, que se afecte esa actividad funcional asignada a la Aduana que no es otra cosa que el régimen de control aduanero (17).

Nos ilustra el Dr. Miguel Echegaray al resolver un contrabando de oro en las ropas de un pasajero “Si bien la importación de barras de oro de buena entrega es libre desde el punto de vista aduanero y no está sometida a ningún requisito, ello no significa en manera alguna que pueda efectivizarse en la forma que lo disponga o desee el importador, ocultándola deliberadamente a la inspección aduanera. El ingreso al país de bienes, no es ni nunca ha sido libre, en el sentido de que queda a la decisión exclusiva del importador hacerlos penetrar en nuestras fronteras. Puede haber libertad en lo que respecta a una posibilidad de importación sin trabas; a la liberación de gravámenes, tasas, servicios, etc., pero no se ha de decir que esta libertad significa apartar al organismo de inspección, eludirlo, desecharlo. Ello es imposible. El Estado Nacional, cuando lo ha querido o considerado necesario para el bien público, ha liberado a diversos productos. A otros los ha recargado o los ha beneficiado con disminución. Sin embargo, tales franquicias no pueden interpretarse como un derecho de “relevarse de la verificación aduanera”, precisamente, porque la Aduana es el ente estatal que únicamente puede decidir acerca de si lo ingresado se halla en la situación acreedora de dicho trato de privilegio. Las franquicias se hacen efectivas con la directa intervención de las autoridades aduaneras y bajo la inmediata supervisión de su personal encargado del control de todas las operaciones que tienen como resultado el ingreso o egreso de bienes al país...”(18).

Lo afirmado hasta aquí nos basta para poder afirmar que el solo hecho de impedir o dificultar, esa función 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 efectos tenga o cual sea el fin último que se persiga (cuestiones fiscales, sanitarias, seguridad etc.).

Ahora bien, esta tesis, no es aceptada sin ningún reparo. Así se sostiene que una función no es ni más ni menos que la acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio”, y para ser considerada bien jurídico debe tenerse en cuenta la finalidad específica, que es distinta del mero ejercicio funcional. Es por ello que entienden que el control aduanero debe ser caracterizado como un bien jurídico intermedio, que fue otorgado funcionalmente a las aduanas para proteger a otros bienes jurídicos de distinta entidad que un formal buen desenvolvimiento de la función. Lo plantean de esta forma, además, porque entienden que más práctico al momento de determinar si se ha consumado el delito, viendo si se ha vulnerado en definitiva aquellos bienes que se trataba de salvaguardar.

Vidal Albarracín critica tal postura, sosteniendo que cuando en el Código Penal se legislan acciones contra la Administración Pública se tutela “la normalidad del ejercicio de la administración, frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones y a los atentados de los terceros, destinatarios o no del acto funcional(19).

En este sentido Fontan Balestra nos aclara que “Al lado de la Administración Pública, como bien jurídico protegido, suelen aparecer otros, ya económicos, como el cohecho o las exacciones o la malversación, ya personales, como el desacato, etc. Pero la ley da preferencia al interés jurídico que considera preponderante, que es en estos casos la administración pública, aunque su agresión no constituya el último fin del autor(20).

Dentro de este marco, cabe aceptar la caracterización del “control aduanero” como bien jurídico intermedio y frente a cierto accionar delictivo advertir la existencia de otros bienes jurídicos que se podrían denominar específicos. Pero esto no invalida la primera postura, debemos recordar, que un accionar puede vulnerar varios bienes jurídicos, pero lo importante que cual es el que específicamente se intenta proteger con el tipo expuesto por el legislador.

Es por esto, que se puede afirmar sin temor a equivocarse que la sola afectación del control, sin lesión o peligro a otro bien jurídico, podrá escapar a alguna hipótesis específica de contrabando, pero quedará siempre contemplado en la figura básica del art. 863, que no incluye en su tipo penal tales otros elementos objetivos.

Ante tal conceptualización del bien jurídico tutelado por la norma del art. 863 conviene preguntarse hasta donde llega ese control funcional aduanero.

Sin tener en cuenta que las funciones de la Aduana han aumentado en los últimos años, abarcando la percepción y fiscalización de derechos que no son inequívocamente aduaneros, vemos la importancia de precisar el límite mencionado, ya que según cual fuere el criterio adoptado existirá o no, en ciertas, conductas delito de contrabando.

El contrabando como se ha afirmado, es una ley penal en blanco, lo que significa que su tipo debe ser completado recurriendo al ordenamiento aduanero para determinar si se ha vulnerado su función primordial de controlar.

En este sentido la codificación del derecho aduanero facilita tal cometido. Las disposiciones que se refieren al tema son:

El art. 17 dice “La Administración Nacional de Aduanas es el organismo administrativo encargado de la aplicación de la legislación relativa a la importación y exportación de mercaderías”.

El art. 19 expresa “Constituyen aduanas las distintas oficinas que, dentro de la competencia que se les hubiere asignado, ejercieren las funciones a que se refiere el art. 17, en especial, las de percepción y fiscalización de rentas públicas producidas por los derechos y demás tributos con las operaciones de importación y exportación se hallaren gravadas, y las de control del tráfico internacional de mercadería”.

El art. 23, inc. a, contempla como función de la Administración Nacional de Aduanas “ejercer el control sobre el tráfico internacional de mercaderías”.

Por último el art. 112 establece “El servicio aduanero ejercerá el control sobre las personas y la mercadería, incluida la que constituye medio de transporte, en cuanto tuvieren relación con el tráfico internacional de mercadería”.

Como puede observarse y como concepto conglobante, puede decirse que el control aduanero consiste en verificar el traspaso de toda mercadería que entre o salga de nuestras fronteras. Aclarando que dicha frontera no necesariamente debe coincidir con la política (v. art. 2 del Código Aduanero).

Ahora bien, sin conocer específicamente estos conceptos la gran mayoría de los sujetos que ingresan o llevan mercaderías saben que si de algún modo intentan evadir el control aduanero están incurriendo en algún ilícito, pero no

sucede lo mismo si hablamos de otras funciones que cumple la Aduana que en realidad es delegada por otros organismos.

Una cosa es que la Aduana tenga a su cargo el tráfico internacional de mercaderías y lo ejerza en distintas áreas (cambiario, sanitario, fiscal, seguridad etc.) y otra es que cualquiera de esas áreas caracterice su función aduanera, pues éstas se conectan con lo aduanero en cuanto fundamentan restricciones o prohibiciones a la importación o exportación.

Cuando a la Aduana se le encomiendan otras funciones no aduaneras (porque operativamente se considera más eficaz que este organismo controle su cumplimiento), a los fines del contrabando, también estas funciones delegadas integren el control aduanero, pero ocurre que por esta vía operativa se complementa la norma penal en blanco, ampliándose su tipo legal, y ello es violatorio del principio constitucional de reserva, ya citado.

Así, en materia de exportaciones se le encomienda a la Aduana que, por ejemplo, verifique la refrendación bancaria, o que en importaciones controle la intervención de la DGI en el pago de impuestos internos.

Dado que tales recaudos se los incorpora al trámite de exportación o importación, como condicionantes de estas operaciones, su incumplimiento se lo considera constitutivo de contrabando, aunque esto no sea así, ya que ésta no es una función específica de control aduanero.

La tarea de precisar la actividad que se le encomienda a las aduanas, que es de interés a los fines de conocer su competencia, cobra fundamental importancia cuando integra la norma penal y constituye su núcleo delictivo.

En la práctica, es usual que para determinar si la violación de un requisito o recaudo es constitutivo de contrabando se requiera informe a la Aduana, o bien se tenga en cuenta si el mismo era o no condicionante de la exportación o importación. (21).

Por ejemplo, la afirmación de que la omisión del ingreso de las divisas provenientes de una exportación no constituye contrabando (por no ser tal función específicamente aduanera en el sentido del control de ingreso y egreso de mercadería, sino una actividad secundaria delegada por otro organismo, en este caso la D.G.I.), encuentra también corroboración con los antecedentes legislativos.

El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional en 1973, que luego terminó siendo, con modificaciones, la reforma introducida por la ley 21.898, en materia de contrabando en su art. 187, ap. 2º, inc. b, contempla:

“Toda acción u omisión fraudulenta que tuviere por fin someter a las mercaderías a un tratamiento aduanero, fiscal o cambiario distinto al que correspondiere”(22). Luego al convertirse la norma y pasar al art. 864, inc. b, del Código Aduanero se suprimió la palabra “cambiario”, que había recibido objeciones en el seno del Congreso de la Nación, por considerarse una duplicación innecesaria en el sistema represivo, que creaba confusión sobre cuestiones tan claras como la relativa a las falsas declaraciones vinculadas con el ingreso de las divisas provenientes de las exportaciones que, como tales, estaban reprimidas ya por la ley 19.539.

En este sentido lo ha entendido también la Jurisprudencia, la Cámara en lo Penal Económico, Sala III, registro N° 139, folio 199, año 1985, 4/7/85 expone: “la presentación ante la autoridad aduanera de documentos de embarque en cuyo cuerpo se incluyen refrendaciones bancarias presuntamente falsas, con fines de satisfacer requisitos exigidos por el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades de policía en materia de control de cambios, no impide ni dificulta el ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero sobre la importación o exportación”. “...O sea, que los exportadores tienen reglados simultáneamente la salida de la mercadería y el ingreso del valor de las exportaciones por dos normativas diversas que prevén cada una de ellas, sanciones específicas que quienes transgreden sus dictados y no se pueden entrecruzar esas dispares funciones construyendo nuevas figuras delictivas sin sustento legal, en abierta colisión a dictados supremos (art. 18, Constitución Nacional).”

Queda claro aquí, que la Cámara al fallar en esta causa entendió que aunque la exportación no se hubiera podido realizar, tal impedimento en modo alguno respondería a funciones específicas del control aduanero, sino por contralor propio del Banco Central delegados a la Aduana. Entonces, tal violación nunca podría ser encuadrado en la figura del Contrabando, pues ni provienen de la ley aduanera, ni tienen relación con importación o exportación de mercaderías.

Sentado lo anterior, es de fundamental importancia entonces cuestionarnos la extensión, no ya cuanto a la materia, sino con relación a cuando se puede considerar que el mismo ha concluido.

Un caso típico, se planteó con respecto a la importación de determinadas sustancias alimenticias , que por ser perecederas, en vez de ingresar al depósito, eran despachadas directamente a plaza, pero no podían comercializarse sin antes resultar “aptas para consumo” por la Dirección Nacional de Química, oportunidad en que el servicio aduanero les daba el visto bueno final.

El procedimiento, entonces era el siguiente, la Aduana verificaba la mercadería extrayendo las muestras necesarias, y previo pago de los derechos, autorizaba el traslado de la mercadería al depósito particular del importador sin derecho a uso (el importador asumía el compromiso a través de una declaración jurada de no sacarla a mercado). Luego, obtenidos los análisis bromatológicos, el importador obtenía el conforme aduanero para comercializarlo.

Pero ¿qué pasa si el importador no aguarda el resultado y saca a comercializar la mercadería en cuestión?

La jurisprudencia ha determinado que, la precaria entrega de los bienes al importador, no impedía que el servicio aduanero luego no autorizara la efectiva importación y dispusiera el comiso o la reexportación. Así, la comercialización de la mercadería, sin contar con la autorización definitiva constituye contrabando – C.N.P.E., Sala III, causa 22.130, folio 406, orden 5062, “Dos Santos Pereira y Cia. S.R.L”, del 16/11/83.

En otra causa, la Sala I se pronunció en igual sentido, y más recientemente la Sala II, el 17 de mayo de 1984, agregando que: “El control o la intervención aduanera no necesariamente se perfecciona en un instante, requiriéndose, según los casos, verificaciones que pueden extenderse en el tiempo, mientras la mercadería queda detenida en su ingreso y no precisamente siempre en depósitos pertenecientes al Estado”... “haya o no perjuicio fiscal, la defensa de la salud pública respecto al ingreso de sustancias alimenticias no aptas para consumo corresponde al servicio aduanero, quien en base al aporte técnico pertinente autorizará o no el ingreso de lo importado” (E.D., T. 109, pág. 447- citado por Vidal Albarracín Ob. cit., pag. 82).

Las soluciones adoptadas parecen excesivas, ya que el contrabando es un delito gravoso, como para tomarlo a la ligera, es por esto que hay que analizar que la mercadería ha sido sometida al control aduanero, y éste, en virtud de las especiales características del producto realiza un despacho condicionado a que la mercadería resulte apta para el consumo. Hasta que este proceso finalice, la Aduana ejerce el control sobre la misma.

Prueba lo antedicho, que si del resultado bromatológico no resultar apta dado que la importación estuviera alcanzada por una prohibición de carácter no económico, no podría despacharse definitivamente al consumo. En este caso, los arts. 449 y 459 del Código Aduanero determinan que la opción es el reembarco o destrucción de la mercadería.

Cuando la Aduana exige el certificado bromatológico apto, está ejerciendo el control sobre el cumplimiento de esa prohibición no económica, lo cual cae dentro de su función específica.

El sistema de “despacho condicionado”, es una variante dentro de su facultad de control, a través de la cual se trata de conciliar el aspecto sanitario con el régimen del despacho. La mercadería debería permanecer en depósito fiscal o particular habilitado como fiscal, y teniendo en cuenta el poco tiempo de conservación de la misma debería agilizarce el trámite de las pericias. El riesgo asumido en estos casos, es muy grande, pues la Aduana está desarrollando su función sobre mercaderías que podrían estar sujetas a una prohibición absoluta, que podría poner en riesgo la salud pública.

La doctrina aclara que la mercadería, al haber tributado sus derechos estaría nacionalizada, pero su libramiento a plaza se encuentra pendiente de la intervención del servicio aduanero, a fin de que controle el cumplimiento del pertinente análisis bromatológico, del que surge su aptitud para el consumo.

Si consideráramos que esta última actuación del órgano es solo una formalidad y no tiene relación con sus funciones específicas relativas al control sobre las importaciones, sino que se trata de una función delegada por las normas del Código Alimentario, entonces ubicaríamos el caso dentro de las funciones no específicamente aduaneras.

Aun así, en ese último tramo de la operatoria, el servicio aduanero seguiría ejerciendo el control sobre una cuestión que inequívocamente pertenece a su función esencial sobre el tráfico de mercaderías.

No se debe a cuestiones operativas que esa función es vinculada a la salud pública y que se delega en el servicio aduanero. Integra una de sus funciones porque la salud pública es el fundamento de una prohibición no económica a la importación, que sí es lo específicamente aduanero.

Es indudable, que para que tal conducta sea considerada contrabando debe encontrarse una actitud dolosa, ya que no parece que la ley la típicifica a título de culpa.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“Según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el bien jurídico protegido en las figuras de contrabando excede el de la integridad de la renta aduanera, pues lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas.” Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 9/12/99. “Barloqui, Rubén y otro s/ Recurso de Casación”.

“El bien jurídico tutelado por el delito de contrabando es el adecuado ejercicio de la actividad de control propia del servicio aduanero, constituido en la especie por el sometimiento igualitario de todas las mercaderías exportadas e importadas a un tratamiento uniforme; es decir, que en el delito de contrabando lo tutelado no es la recaudación fiscal, ni la regulación política de la economía 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” (voto del Dr. Riggi), Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 8/3/99, “Oliva, Gerli, Carlos Gustavo y otros s/ recurso de casación”.

FUNCIONES ADUANERA CUMPLIDAS POR OTROS ORGANISMOS

El Art. 864, inc.e) señala que la simulación debe realizarse ante el servicio aduanero, ahora bien puede considerarse contrabando entonces, cuando el accionar se cumple ante otro organismo?

Cuando se sanciona el Código Aduanero, se cambia la estructura del delito de contrabando y se abandona la relación genero-especie. Por esto al redactarse los supuestos del art. 864 en forma autónoma de la figura básica del art. 863, se hizo referencia, en el inc. e, a que la simulación fuera ante el servicio aduanero.

Lo que ocurre, es que en realidad “El servicio aduanero” es la organización encargada de la aplicación de la legislación aduanera, dentro de la cual la Administración Nacional de Aduanas es el organismo principal pero no el único. El art. 109 del código sancionado mediante la ley 22.415 establece coincidente en el título IV, sección I, como sujetos del servicio aduanero a los proveedores de a bordo... y demás personas de existencia física o ideal que cumpliera su actividad profesional, técnica o comercial en relación con servicio aduanero...

Parecería entonces, lógico afirmar que, la finalidad de este artículo es vincular a esos sujetos con la actividad aduanera no para considerar que integran el servicio aduanero, sino para someterlos al poder disciplinario de la Aduana. Son auxiliares que como el despachante, no integra el servicio aduanero.

Vidal Albarracin opina que no es correcto ampliar el ámbito del delito hacia otros organismos, distintos de donde se desarrolla el servicio aduanero, ya que se estaría ampliando el tipo penal ilimitadamente.

La definición legal del contrabando debe complementarse con una sólida jurisprudencia que establezca que la función de la Aduana a los fines del contrabando es controlar el tráfico internacional de mercaderías, que es su bien jurídico, y tal función la cumple con fines arancelarios y de cumplimiento de las prohibiciones. Toda otra función de control que también se le pueda encomendar a la Aduana que no guardare relación directa con tales objetivos, es irrelevante para su configuración (23).

SUPUESTOS DE CONTRABANDO REGULADOS EN EL ART. 864

En el art. 864 el Código Aduanero, enumera ciertos casos que revisten características especiales, respecto de la modalidad simple regulada en el art. 863. Parecería que la finalidad perseguida por el legislador es atrapar dentro de la tipicidad del contrabando, una serie de acciones en las que sería más difícil determinar el ardid o engaño desarrollado por el actor. Así puede observarse que aun cuando algunas de ellas describen actos engañosos, no exigen ardid o engaño.

Ya no existe la relación que propugnaba la ley 21.898, entre los apartados 1 y 2 del art. 187, contemplándose en este art. 864 supuestos distintos de la figura genérica.

Ya no puede ser considerada como relación de género especie. Si se tiene en cuenta que a fin de considerar una figura como “especie” de otra, que se denomina “genérica”, se requiere que ella contenga todos los elementos de ésta, más algún aditamento que es el que le otorga el carácter de “especial” (24).

En la Exposición de Motivos se expresa: “El Código estructura el delito de contrabando distinguiendo entre el caso contemplado en el art. 863, en el que se mantiene la exigencia de que medie ardid o engaño, y los regulados en el art. 864, para los que sólo requiere la existencia de mera intención, como conductas punibles distintas y no ya supuestos especiales de una figura básica de contrabando. Se elimina también la expresión “a sabiendas”, que contenía la norma antecedente, pues si bien todas las hipótesis que reprime el art. 864 requieren dolo, tal expresión podría suscitar dudas sobre si se exige algún tipo especial de dolo (25).

Esto significa que todos los tipos recetados en el art. 864, requieren ineludiblemente dolo directo, no conformándose con un accionar con dolo eventual, esto es, el autor debe conducir su acción a la producción directa del resultado ilícito tipificado, o bien, advertido que sus hechos pueden caer en tal ilícito no desistir de los mismos.

IMPORTACIÓN O EXPORTACIÓN DE MERCADERÍAS EN HORAS O POR LUGARES NO HABILITADOS AL EFECTO

Art. 864, inc. A) “Importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos”.

Este tipo delictual, ya estaba incluido en el art. 187, apartado 2, inc. a, de la Ley de Aduanas, texto conforme a la ley 21.898. Si bien algunos autores entienden que no se debió usar las palabras “importación y exportación”, ya que tienen una connotación de legalidad, la interpretación sistemática del Código nos demuestra que con tales vocablos quiere expresar la introducción o extracción de mercadería al o del territorio aduanero, así lo define el art. 9 del ordenamiento aduanero vigente.

También establece en su art. 116 que la entrada y salida de personas del territorio aduanero, así como la importación y exportación de mercaderías, deben efectuarse en las horas, por las rutas y los lugares que se habiliten al efecto previa autorización del servicio aduanero.

Por su parte, los medios de transporte provenientes del extranjero deberán:

a) hacerlo por lugares habilitados, y en su caso, por las rutas y dentro de los horarios establecidos;

b) presentar inmediatamente después de su llegada o en la oportunidad en la que el servicio aduanero ejerciere el derecho de visita, la documentación exigible según el medio de transporte de que se tratare (art. 130 C.A.).

Ningún medio de transporte podrá dar comienzo a sus operaciones de descarga, mientras no hubiere presentado la pertinente documentación y fuere autorizado por la autoridad aduanera (art. 132, C.A.).

Evidentemente, luego de tales disposiciones, al violarse el ingreso o egreso de mercaderías, se estaría cumpliendo el accionar delictivo que en este inc. se tipifica.

El C.A. contempla tres supuesto para eludir la intervención del control aduanero, por lo tanto, la introducción o extracción de mercaderías por lugares o en horas no habilitadas a tal fin o que se desviaren de las rutas señaladas para tales actos, necesariamente implica la no sujeción al control aduanero, y

podría decirse que en general cualquiera de estas actitudes está ingresando mercadería clandestinamente a fin de evitar tal control. Si se analizara con detenimiento tal accionar, puede observarse que aquí no es necesario el ardid o engaño, ya que la base del mismo se encuentra en la evasión del control por medio de un ingreso que no es el ordenado por el tráfico normal.

En cuanto a la “desviación de rutas señaladas” pareciera que, como se alude a una previa señalización las rutas a seguirse, la autoridad aduanera ya ha debido intervenir, y la licitud sólo se configura en el ulterior desvío.

No obstante, dado que la referencia se efectúa respecto de la importación o la exportación en general, y no con relación a una operación determinada, cabe considerar que los desvíos de mercaderías incluidos en esta disposición son sin intervención aduanera previa.

Esta afirmación se debe a que, si la Aduana autoriza el tránsito, reembarco o trasbordo de una mercadería su ulterior desvío queda aprehendido en el inc. d del art. 864.

Queda por aclarar que para que tales conductas configuren contrabando, necesariamente requieren el dolo directo del autor tal como se ha definido en la figura genérica del art. 863. Esto tiene especial referencia a que para el cumplimiento del ilícito no requiere intervención aduanera previa, por tanto, el mero cumplimiento de la conducta punible que describe la norma no emerge una presunción de dolo, que debe ser probado por otras circunstancias conglobantes. (por ej. entrar la mercadería por lugares no habituales, etc.).

Vidal Albarracín en su obra se plantea el siguiente interrogante ¿constituye contrabando la introducción clandestina que se produce mediante la sustracción de efectos que se hallan bajo el control aduanero, o bien configuran supuestos de hurto o robo reprimidos por el Código Penal?

Las consecuencias práctica de uno u otro enfoque penal revisten fundamental importancia, dado el distinto tratamiento que reciben las figuras delictivas apuntadas.

Así, punitivamente resulta más gravoso el contrabando que el hurto o robo, y ello se acentúa más en caso de tentativa en virtud de la equiparación de penas que la legislación aduanera establece con relación al delito consumado.

Otra distinción se debe al valor de lo sustraído, ya que en materia de contrabando, el monto determina si es un delito o una infracción aduanera menor (art. 947 C.A.).

En una primera etapa, tal sustracción fue considerada robo o hurto y no contrabando; por estimarse que no había existido voluntad o propósito de sustraer mercadería a la intervención aduanera. Se trataría de una acción posterior absorbida por el tipo que carece de autonomía (26).

También se sostenía que se trataba de hechos separables, tanto natural como jurídicamente, y que no había inconveniente en que se resolvieran como concurso real de delitos a la luz de lo dispuesto en el art. 55 del Código Penal(27). Para esta postura, el contrabando no queda consumido por el hurto, pues constituye un plus sobre la descripción que la última figura contiene(28).

Pero esta discusión ha quedado superada a partir de la vigencia de la ley 17.786, donde se equiparan el contrabando y las sustracciones, hurtos o robos de mercaderías de origen extranjero no nacionalizadas o de mercaderías destinada a ser exportada, penándose como contrabando calificado.

Con el dictado de la ley 20.509, se deroga la disposición citada y se vuelve a replantear la discusión. En este período, se impone el criterio de continuar considerando dicho actuar como contrabando, pues, además de cometerse un delito contra la propiedad, pues, además de cometerse un delito contra la propiedad se está evadiendo el control que corresponde a la Aduana.

La ley 21.898 suprime de su proyecto tal norma que no es reimplantada en el Código, si el objeto del hurto es un medio para el contrabando podría encuadrar en la modalidad agravada del art. 865, inc. d. C.A.

Así el hecho queda sin una regulación específica, aunque comprendido en el inciso a), que reprime la introducción ilícita de mercadería, sin requerir que ésta sea de origen extranjero no nacionalizada, alcanzando así a la de origen nacional y a la de origen extranjero ya importada para consumo. Me baso para efectuar esta última aseveración en que el inciso a) castiga al que “importare... mercadería...” sin sujeción al control aduanero, y conforme se define en el art. 9, ap. 1, “importación” es la introducción de “cualquier” mercadería(29).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“El hecho es uno solo y rige la regla del art. 54 del Código Penal. Se trata de ilegítimo apoderamiento de una cosa mueble ajena castigado por el art. 162 del Código Penal, que, al mismo tiempo, y por consumarse con la traslación de la cosa fuera de la zona portuaria queda en grado de tentativa. El mismo hecho supone la necesaria sustracción al control aduanero que incurre en el art. 864, inc. a) del Código Aduanero y, al ser frustrado, queda en grado de tentativa. C.P.E., Sala 2 ‘Nuñez, Mario s/ contrabando’, voto Hendler, 16/2/89, reg. 8/89. – En primera Instacia, el hecho fue calificado como constitutivo del delito de hurto en concurso real (art. 55 del C.P.) con el delito de contrabando en el art. 863 del C.A.”

ACTOS U OMISIONES QUE IMPIDAN O DIFICULTEN EL CONTROL
ADUANERO PARA OBTENER UN TRATAMIENTO ADUANERO O FISCAL
DISTINTO

Art. 864, inc. b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o su exportación.

Este supuesto, regula los hechos, en los cuales la mercadería pasa por el control aduanero correspondiente, pero se intenta impedirlo o dificultarlo de alguna manera, ya sea con declaraciones falsas que harían variar el tratamiento fiscal o aduanero. Se diferencia del supuesto genérico del art. 863, en que no necesariamente debe mediar un ardid o engaño.

Ahora bien, una declaración mendaz, sobre el valor normal de la mercadería por con el propósito de tributar menores derechos que los que hubiera correspondido pagas si hubiera manifestado correctamente su valor real, ¿es configurativa de contrabando?

Un extremo nos llevaría a afirmar que cualquier hecho de falsedad u omisión sería configurativo del delito contemplado en el inc. b, del art. en estudio, pero esto no es así, para que la acción u omisión sea punible debe tener cierta entidad como para “dificultar o impedir el control del servicio aduanero”, e idoneidad para cambiar el tratamiento aduanero o fiscal que correspondiere a la mercadería a importarse o exportarse.

Esto quiere decir que no es correcto decir que cualquier declaración inexacta u otra diferencia injustificada en la que sólo se acredite el dolo caería en sus previsiones. Ello significa que aun cuando se pruebe que la infracción aduanera prevista en el art. 954 del Código Aduanero se cumplió intencionalmente, no es suficiente para tener por configurada esta variedad de contrabando(30). Estas son ilicitudes distintas y no debe incurrirse en el error de creer que la infracción mencionada es castigada hoy como contrabando.

Esta irregularidad debe ser instruida muy cautelosa, para no confundir una infracción aduanera (hecho menor) con la figura de contrabando.

Si acudimos al Código Aduanero se puede ver que ante una situación de sobreprecio o subfacturación en importación, determinar un contrabando es mucho más largo.

Cuando los importes de las facturas no correspondan con los que se comprobara que efectivamente se pagan y tal deferencia pudiera producir alguno de los efectos que se indican en el art. 954 del Código Aduanero (en este caso sólo podrá derivarse un perjuicio fiscal o egreso de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere), estaríamos en presencia de una infracción aduanera que se denomina “declaración inexacta”. Y en esto se debe ser muy precavido para no confundirse con el de diferencia entre el valor declarado y “el valor en aduana que correspondiere”. El valor en Aduana es un precio teórico cuyo concepto está desarrollado en los artículos 642 a 658 del Código Aduanero, que puede o no coincidir con el realmente pagado y que sirve de base imponible para el pago del tributo. Cuando no coincide, no cabe necesariamente presumir una infracción de declaración inexacta, sino que la discrepancia podría ser saneada a través de un mero ajuste de valor previsto en el art. 654 del mencionado texto legal.

Este accionar que viola el deber de veracidad y exactitud que rige la declaración aduanera, recién puede asumir la categoría de contrabando, si además se probase que la acción u omisión fue con el propósito de alterar el tratamiento aduanero o fiscal de la mercadería, y tuvo entidad para impedir o dificultar el control aduanero.

En la Exposición de Motivos al comentar este inc. se aclaró: “Teniendo en cuenta que el supuesto contemplado... presenta las características de un tipo penal abierto, en el cual no se precisa el verbo de actuar incriminado a continuación de ‘cualquier acción u omisión’ se estimó conveniente agregar ‘que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero’. O sea, que tal como se viene afirmando, no cualquier accionar puede ser considerado contrabando, ya que sin llegar a considerarse una conducta ardidosa se requiere que el hecho tenga incidencia directa sobre el ejercicio del control aduanero.

De más está aclarar lo lógico que resulta que el importador frente a varias interpretaciones legales aceptables, se incline por aquella que le resulte más favorable. En este sentido es muy importante el aporte que hace Klaus Tiedemann, al afirmar: “ ...Sin embargo el propósito de economizar en el pago de los impuestos es lícito en todos los ordenamientos jurídicos. Las objeciones de política económica y financiera contra ciertas prácticas fiscales, como la disminución de la carga tributaria, o la obtención de beneficios fiscales, son irrelevantes desde cualquier perspectiva jurídica, incluida la penal”(31).

Señala Vidal Albarracin, que la modalidad en análisis no exige que el tratamiento de la mercadería sea más favorable para el documentante o perjudicial para el fisco, sino que es suficiente que resulte “distinto” al que correspondiere. No obstante, aquellas circunstancias serán relevantes para extraer o determinar el dolo del actuar(32).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“...la imputada transgresión de obligaciones impuestas como condición de un beneficio se encuentra sancionada en la ley aduanera pero a título de simple infracción no constitutiva del delito de contrabando (art. 965 C.A.). (El hecho se trataba de un automóvil importado mediante la utilización de la franquicia aduanera para argentinos residentes en el extranjero, con la condición de su radicación definitiva en el país). C.P.E., Sala A, ‘Greco, Daniel Oscar s/ contrabando’ –incidente de apelación relacionado con el auto de sobreseimiento parcial interpuesto por la señora fiscal- voto Hendler; 12/4/99, reg. 262/99.”

“...el único engaño que se atribuye a Portillo es acerca de su intención de radicarse en el país. No hay ningún ardid que pueda haber inducido a error a las autoridades y no hay manera de desvirtuar –por más que resulten poco verosímiles- sus manifestaciones de descargo en el sentido de haber variado de intención después de declarar que se proponía radicarse definitivamente en el país. C.P.E., Sala A, ‘Portillo, Ricardo Andrés s/ contrabando’, voto de Hendler; 16/4/99, reg. 382/99”.

“La normativa del Código Aduanero establece claramente las posibles sanciones –arts. 965 y ss., C.A.- a quienes no cumplieren con las obligaciones impuestas como condición para el goce de un beneficio como ocurre en el caso que se analiza. Todas las supuestas maniobras realizadas por los traídos a proceso han sido posteriores a la importación de los dos tomógrafos, que fueran ingresados a efectos de brindar prestaciones médicas gratuitas a la comunidad que fuera llevada a cabo acorde a derecho lo que indefectiblemente llevaría a configurar o encuadrar las conductas desplegadas en las infracciones que prevé el Código Aduanero y que deben ser investigadas en el organismo pertinente para así aplicar las sanciones previstas en los

artículos antes mencionados. C.P.E., Sala A, ‘Fundación Diagnóstico y Tratamiento Femen s/ contrabando’ voto de Acuña 14/9/95”.

“... la circunstancia de haber aportado, al gestionar la importación de su automóvil bajo el régimen de la resolución 5107/80 de la Administración Nacional de Aduanas, un domicilio en el que nunca, a lo largo de más de tres años, pudo ser habido, son indicios que hacen sospechar que el imputado no habría tenido intención de radicarse definitivamente en el país y que, por lo tanto, habría introducido al territorio nacional el automóvil usufructuando una franquicia que no correspondía, sometiéndolo, de esa manera, a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondería. C.P.E., Sala A, ‘Portillo, Ricardo A. s/ contrabando’, voto de Repetto – Hornos; 16/4/99, reg. 382/99”.

PRESENTACION DE DOCUMENTACION IRREGULARMENTE EXPEDIDA
DESTINADA A OBTENER UN TRATAMIENTO ADUANERO O FISCAL MAS
FAVORABLE AL QUE CORRESPONDIERE.

Art. 864,inc. c) “presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales específicas que regulen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de mercadería que se importare o se exportare un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere”.

Este supuesto trata un accionar de contrabando documentado, pero es más específico que la prevista en el inc. anterior. Tipifica la presentación ante la Aduana, documentación expedida irregularmente y con la finalidad de obtener un tratamiento aduanero o fiscal “distinto”, o “más favorable” al que correspondiere.

El inc. c) reproduce el tipo contemplado en su antecesor, el art. 187, apartado 2, inc. C, de la Ley de Aduana, texto conforme a la ley 21.898.

Es primordial aclarar que existen operaciones de importación y exportación que podrían calificarse de comunes y otras que reciben un tratamiento especial. Dicho tratamiento, por lo general, se traduce en estímulos a la exportación, en franquicias o exenciones tributarias, o bien en la no aplicación de restricciones a la importación o la exportación motivadas por razones económicas o de otras índoles.

Para obtener que la operación se califique como de tratamiento especial se requiere una declaración jurada y la complementaria documentación requerida por la Administración para cada caso. Si esta documentación complementaria fue obtenida irregularmente o contraviniendo las disposiciones legales que regulan su otorgamiento y con conocimiento de ello se presentare ante la Aduana, se configuraría el ilícito en comentario, porque tal instrumento es idóneo para provocar un tratamiento más favorable.

Entonces son requisitos del tipo, que se presente una documentación acreditando un tratamiento arancelario especial, más favorable al que correspondiere; que haya sido expedido contraviniendo las disposiciones legales específicas que regulen su otorgamiento; y por último, el dolo específico requerido de presentar a sabiendas y con la finalidad de obtener un beneficio que no corresponde, en el tratamiento aduanero.

El accionar doloso es un recaudo esencial de la figura, ya que la conducta a título de culpa ha sido contemplada con menor pena en el art. 869, que castiga al responsable de tal presentación “que no hubiere actuado dolosamente”, por tanto, esta intencionalidad debe ser probada y no se presume por su simple comisión. De tal manera, el presentante que ignora el vicio que padece el documento es impune, pero, si por la entidad de la irregularidad y su oficio no podía dejar de advertirlo, podría imputársele la modalidad de contrabando del inc. c, a título de dolo eventual.

Sin embargo, cuando el único elemento de juicio que existe para determinar el accionar doloso en la actividad vinculada al que hacer aduanero, ello no sería suficiente y se debe encuadrar en la figura culposa.

Por supuesto que estas presunciones admiten siempre prueba en contrario, o sea, que a pesar de que la persona, por su oficio o profesión, no podía dejar de advertir el defecto, siempre puede demostrar que actuó con la imprudencia característica del tipo culposo. La norma siempre requiere un mayor deber de cuidado a quienes tienen el deber de tenerlo.

Tal como se analizó al hablar del tema del ardid o engaño en la figura genérica, cabe aquí también resaltar que no cualquier documento o instrumento tiene idoneidad para que se configure el ilícito de este inc. c). Esto surge de la naturaleza de los documentos que la norma enumera, porque al generalizar la nómina de los posibles, los vincula con el fin o efecto que los mismos intrínsecamente contienen o pudieren provocar, esto es, un tratamiento más favorable.

Analizando con más detenimiento el elemento objetivo referente a los documentos deben, es importante que hayan sido obtenidos contraviniendo las reglamentaciones que lo ordenan, ya que si en su lugar fueren adulterados o falsificados, tal accionar caería en lo tipificado por el contrabando calificado del art. 865, inc. f.

OCULTACIÓN, DISIMULACIÓN, SUSTITUCION O DESVIACION DE MERCADERIA SOMETIDA O A SOMETERERESE AL CONTROL ADUANERO

El art. 864, inc. d) nos dice: “Se ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación”.

Su antecedente es el inc. c) del art. 187 de la Ley 21.898, que a su vez subsumía distintos actos, que ya en el régimen anterior constituían contrabando.

La ocultación de mercadería, es un acto por el cual se persigue burlar el control aduanero, esa ocultación no requiere una maniobra muy compleja, ya que se puede dar el caso de mercadería transportada en el equipaje de viaje que viole ciertas franquicias que regulan el mismo. Aunque es dable aclarar que por el tipo de reglamentación que rige al equipaje, en general, las acciones de este tipo caen en las infracciones menores y no en contrabando, que requiere un acción más grave.

El ocultar que exige este tipo no implica la simple negación de la verdad o manifestar como verdadero una falsedad, sino que debe mediar algún acto positivo que tenga ese efecto. En su antecedente se especificaba como ejemplo la utilización de doble fondo, como caso típico.

La expresión “disimulare” alcanza a aquellos actos en los que no se desea impedir la intervención aduanera, sino que la mercadería se somete a ella, pero de manera que se confunda por otra o de inferior calidad o especie. Aquí si se trataría de una maniobra ardida. Sin embargo, los autores opinan que como el ardid o engaño ha quedado reservado para la figura genérica del art. 863, se debe entender que la “disimulación” de este inciso puede no llegar a adquirir un grado tan importante por parte del sujeto activo.

Cuando analizamos la “sustitución o desviación” también nos preguntamos cual es la diferencia con la figura que contempla el inc. a)?

Explica Vidal Albarracin, -op. cit. pag. 121- que en aquella disposición se trataría de desvíos de mercadería de las rutas que en general se utilizan para la importación o la exportación. En cambio, en este inc. d, al recaer sobre mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, los desvíos son de caminos o rutas que el servicio aduanero traza o establece para operaciones determinadas, tales como tránsito, reembarco o trasbordo.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“En virtud de haber concurrido todos los elementos del tipo objetivo (art. 864, inc. d, del C.A.), debe estimarse que el delito se consumó. En ese sentido, resulta prudente destacar que el supuesto aludido se perfecciona cuando existe ocultamiento de la mercadería respectiva en oportunidad de su presentación ante el servicio aduanero, resultado indiferente a esos efectos los sucesos posteriores (v. gr. la efectiva burla del control aduanero). En este caso se aprecia que la ejecución en coautoría del verbo que nuclea la acción principal del delito, es ocultar la mercadería sometida a control aduanero con motivo de su importación habiéndose consumado el contrabando con la sola posibilidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado. El mayor rigor de la norma estriba precisamente en el carácter calificado del engaño –ocultamiento- en función del bien jurídico protegido por las figuras de contrabando (adecuado control aduanero sobre las mercaderías de importación y exportación). Consecuente con ello, la conjunción en el caso de la verificación por parte del servicio aduanero y el ocultamiento del estupefaciente en uno de los bolsillos del saco cárdigan que venía en la encomienda posibilitaron la consumación del delito. T.O.P.E. N° 2 ‘Jorge, Osvaldo Nestor s/ contrabando de estupefacientes’, Lemos – Losada – De la Cárcova, 24/11/94, reg. 120/94 (cabe aclarar que a partir de este fallo el T.O.P.E. N° 2 consideró que en todos los casos en que el imputado oculta la mercadería ante el servicio aduanero en oportunidad de ser controlada por éste, el delito de contrabando llega al grado de consumación. Esta postura es ampliamente minoritaria, ya que, en casos como el descripto, todos los órganos del fuero Penal Económico sostienen que el delito ha quedado en grado de tentativa.”

“...la imputada fue detenida tras despachar su valija en el mostrador de Iberia del Aeropuerto Internacional de Ezeiza y dirigiéndose a la escalera que conduce a la sala de preembarque. Es decir, no realizó trámites migratorios ni aduaneros, ni ningún otro al que pueda asignársele la idoneidad necesaria para poner en peligro el bien jurídico tutelado. Distinta solución merecería el caso subexámine si se hubiera comprobado alguna maniobra de deliberado ocultamiento por parte de ella sobre los efectos que se le secuestraron, porque indudablemente éste sí sería un acto de tentativa conforme el análisis que se ha expuesto.

En el caso, los efectos incautados eran portado por la imputada en su cartera y en su bolso de mano, lo cual resulta natural desde que sería impensable exigirle que portara los treinta y cuatro artículos a la vista.

Por todo lo expuesto, concluyo que la conducta desplegada, no resulta punible ni desde la perspectiva de la acción integradora del tipo – no se observan maniobras tendientes a eludir el control- ni desde el punto de vista del comienzo de ejecución de la acción. J.P.E., N° 1 ‘Walter, Margarita, y otro s/ contrabando’ (causa N° 2782 de la Secretaría N° 2, Pellet Lastra 16/10/92”

“... no se trata en el caso de mercadería que permitiera ser ocultada, disimulada o que su traslado por un pasajero, pudiera impedir o dificultar el control debido que por la simple observación visual del personal de control permita aplicar la disposición mencionada del apartado b).

La omisión por ese personal, por falta de atención en el cumplimiento del debido control, no puede reprocharse a título de dolo, requisito esencial, para imputar el delito de contrabando, sin perjuicio de la infracción que se hubiera cometido. C.P.E., Sala 3 ‘Demarinis, Antonio y otro s/ contrabando’, Landaburu – Sustaita 15/4/91, reg. 83/91”.

SIMULACION DE UNA OPERACION O DESTINACION ADUANERA PARA OBTENER UN BENEFICIO ECONOMICO

El art. 864, inc. e) establece “Simulare ante el servicio aduanero total o parcialmente una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico”

En la normativa actual no existe en la estructura del delito de contrabando la relación género a especie que existía en la anterior (art. 187 de la ley 21.898), entre la figura básica que describía el apartado 1 y los supuestos especiales que se contemplaban en el apartado 2.

Es por esto, que en la actualidad, tipificarse en forma autónoma la figura genérica del art. 863, como la referencia que ésta contiene con relación al servicio aduanero no es trasladable, debió el inc. e, señalar expresamente que la simulación fuera ante el servicio aduanero.

Es por todo que resulta indispensable que para que el tipo penal que prevé este inc., se cumpla por completo, que la simulación se desarrolle ante el servicio Aduanero.

Ahora bien, si tenemos que definir al “servicio aduanero”, veremos que no trata de una entidad titular de funciones, sino que al hablar del mismo, el código se refiere al conjunto de derechos, deberes y funciones que pesan sobre la Administración Nacional de Aduanas, como órgano superior en el orden jerárquico aduanero. En este sentido, tal servicio puede ser cumplido por otros organismos distintos de la Aduana.

Cuando esto sucede, no hay duda que de que esos organismos integran el servicio aduanero (estamos hablando de Gendarmería Nacional o Prefectura por ej.), debiendo ser distinguidos de los casos en los que ciertos organismos o entidades cumplan una actividad profesional, técnica o comercial vinculada o afín con el quehacer aduanero, que son sólo auxiliares (ver art. 109 C.A.).

Con respecto a la última parte del inc. se debe aclarar que en materia de contrabando, a diferencia del delito de estafa, no se requiere que se ocasione un perjuicio patrimonial, pues en la conducta de la estafa, se trata de una especie de fraude y éste necesariamente implica perjuicio, por ello la conducta del sujeto activo debe acarrear una prestación patrimonial perjudicial. En cambio, en el tipo enunciado en el art. 863, no se exige perjuicio fiscal y, por ello, aquí tampoco se debería

exigir el beneficio indebido para sí o para un tercero, ni siquiera como propósito o ingrediente subjetivo alojado en la mente del autor.

Pero cuando el Código así lo ha querido significar, lo aclara específicamente, en este inciso podemos definir entonces, que aunque no se hable especialmente, el fin interno del autor sí apunta a obtener un beneficio económico, a diferencia de lo que sucede en el tipo genérico.

INFRACCION DE CONTRABANDO MENOR

En el Capítulo VI, Título II, Sección XII el Código Aduanero trata las infracciones, es especial la de “contrabando menor”. Su esencia reside en contener la estructura del delito de contrabando doloso, del que sólo difiere en el valor de la mercadería en infracción, y que en contraposición, se podría denominar “contrabando mayor”.

En la Exposición de Motivos, se expresa que “sólo se innova al ampliar las posibilidades de aplicación de esta infracción mediante la inclusión en el art. 947 de la hipótesis de contrabando calificado prevista en el artículo 856, inc. h, que establece distinta pena cuando la mercadería está sujeta a una prohibición absoluta, por considerarse que también aquí la significancia económica de una mercadería debe tener por efecto excluir un tratamiento tan severo como el que corresponde al contrabando agravado a excepción de que la prohibición tenga por finalidad preservar la seguridad común (art. 865, inc. g) o la salud pública (art. 866). De tal manera, si la importación o exportación de la mercadería se halla prohibida, cabe descartar el supuesto de contrabando calificado que contempla el art. 865, inc. h, cuando el valor en plaza de mismo no supere el límite monetario que fija el art. 947, salvo que la prohibición tienda a preservar la seguridad común o la salud pública, en cuyo caso cualquiera sea el valor en plaza de la mercadería se mantiene el carácter del delito agravado siendo aplicables el art. 865, inciso g, o el art. 866, respectivamente. El fundamento por el cual se limitó el tratamiento de excepción a esos dos supuestos es que en ellos la agravación cede o se neutraliza frente a su insignificancia económica. Por el contrario, en las otras hipótesis calificantes, dado que ninguna incidencia corresponde asignarle a la entidad económica de lo contrabandeadado, no es del caso otorgarle un tratamiento más benigno, ya que contienen otros fundamentos de agravación que no residen en el aspecto económico”

Esta motivación nos está marcando nítidamente que la mercadería objeto del delito juega un papel preponderante, ya que depende de su valor, o de su prohibición absoluta de importar, para que el mismo acción se configure como un delito, como una infracción o como un delito agravado.

Ahora bien, el Código Aduanero , el art. 947 sustituye la expresión “el hecho constituirá infracción aduanera”, de su antecedente (art. 194 primer párrafo Ley 21.898), por la fórmula “el hecho se considerará infracción

aduanera”, queriendo significar que por su estructura la conducta delictiva y a través de una ficción legal se la considera infracción a efectos de aplicarle un criterio punitivo más benigno.

Entonces, el reducido monto de la mercadería actúa como una excusa absolutoria que si bien no le resta punibilidad lo atenúa, ya que actualmente parecería que el sistema normativo “hace de cuenta que” es una infracción, aunque en realidad se trata de un accionar delictivo. Es que, con todo sistema penal, se intenta reprimir son acciones, sin tener en cuenta el monto de la propiedad que en última instancia se afecta. Aquí, el tipo penal se encuentra completamente integrado, pero la ley pone en resalto el elemento objeto del delito para considerarlo sistemáticamente de otra manera.

Parecería, entonces, que la referencia a contrabando “menor o mayor” sólo refiere al valor de la mercadería, aunque este dato no integre el tipo penal, no es un nuevo requerimiento legal, pues nada tiene que ver con sus elementos constitutivos.

EXCEPCIONES A LA CONSIDERACIÓN COMO INFRACCIÓN

El código especifica que en algunos supuestos, a pesar de no superarse el límite monetaria fijado, el hecho mantiene la categoría de delito.

Así el art. 949 lo establece “cuando la mercadería formare parte de una cantidad mayor”, precisándose más su alcance al agregarle “si el conjunto superare su valor”, que es lo relevante.

Se elimina del anterior texto (ley de Aduana), “cuando se configure alguno de los supuestos previstos en el art. 188, con excepción del contemplado en el inc. a de dicho artículo” (se refiere al inc. b, ap. 2 del art. 194), pues resulta innecesario habida cuenta de que los supuestos de contrabando calificado previsto en el art. 865, salvo los incisos a y h no constituyen presupuesto de hecho del contrabando menor, conforme lo expresado en el art. 947 del Código.

De tal manera, en las otras hipótesis calificadas del art. 865 y en las previstas en los arts. 866 y 867, conforme la modificación introducida por la ley 23.353, aunque el valor de la mercadería no supere el tope monetario del 947, mantienen su calidad de contrabando en su forma agravada.

La fórmula legal que se suprime dio lugar a distintas posturas doctrinarias, e incluso a un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en el que al hecho se lo considera constitutivo de contrabando simple(34).

En tal plenario, la mayoría manifiesta que considerar el hecho como contrabando calificado implicaría una doble gravación del mismo hecho o bien agravar dos veces una misma conducta. Una primera agravación consistiría en convertir la infracción aduanera en delito simple de contrabando y luego agravarlo, subsumiendo ese hecho en la modalidad de delito calificado de contrabando de que se trate.

En cambio la minoría, opinó que no se trata de tomar la infracción aduanera y trasformarla en delito. Hay un delito, ya configurado, que escapa a toda limitación monetaria. Queriendo significar que por su estructura la conducta es delictiva y a través de una ficción legal se la considera infracción a efectos de aplicarle un criterio punitivo más benigno.

Toda esta normativa hace todo muy confuso y difícil de solucionar, notése, que en el caso del plenario que hemos analizado, parecería más justa la solución a la que arriba la minoría.

Es por todo esto que importante sector de la doctrina opina que es mucho mejor haber establecido tipos penales más cerrados para los supuestos calificados, describiendo conductas verdaderamente graves que denotan peligrosidad del sujeto activo, en virtud del mayor despliegue delictivo, que generalizar el efecto atemperador de la infracción de contrabando menor, para supuestos en los que el reducido valor de la mercadería no guarda relación con el fundamento del agravante.

En el derecho penal de fondo, los agravantes o atenuantes nada tienen que ver con el monto objeto del delito, ya que se reglan acciones que pueden ser de mayor o menor peligrosidad para el bien jurídico tutelado, aún las justificaciones o excusas absolutorias, tienen otros fundamentos (parentesco etc.), pero siempre se refieren a la calidad del autor, de la víctima, o de sus acciones, pero nunca refieren al monto del objeto del delito.

Otro supuesto es el tipificado en el inc. b, aquí, reproduciendo el concepto que con carácter general contiene el art. 927, se brinda el significado jurídico penal con relación penal de la expresión “reincidente”, limitándolo con relación a los términos del art. 50 del Código Penal.

De esta manera se resuelve la discusión entre reincidencia y reiteración delictiva o infraccional. Ambas se refieren a la comisión de más de un delito o infracción, pero la reincidencia tiene lugar cuando el condenado a sentencia firme comete un nuevo delito o infracción, es decir, que no espera la resolución de recurso alguno ni tiene posibilidad de interponerlo.

Otro tema importante que regula es que a diferencia del art. 50 del C.P. no se exige que la primera condena sea con pena privativa de libertad.

Ahora bien, por lo dispuesto en el art. 1121, inc b) podría condenarse administrativamente (a nivel aduanero) al imputado antes que en la justicia ordinaria, y tal precedente no puede incidir para otorgarle la categoría de reincidente en el proceso judicial en trámite, pues se trata del mismo hecho y no de dos delitos distintos, pero sí puede ser computado para el caso de la posterior comisión de una infracción de contrabando menor, aun cuando no hubiere recaído sentencia condenatoria en cuanto a la pena privativa de libertad.

Con respecto a la vigencia que este tipo de resoluciones tiene con otras posteriores hay que recurrir al Capítulo IV del Título II que trata sobre la reincidencia, fijando el lapso de incidencia de una condena sobre otra, según se trate de una infracción aduanera o un delito aduanero.

Una cuestión muy debatida es determinar si la conversión de contrabando menor en delito por el carácter de reincidente del sujeto activo, puede superar el ámbito de la figura simple. En general para resolver este problema, se sostiene que se debe estar a la ineficacia del menor valor de la mercadería para restarle categoría delictiva al hecho. Así, si el hecho recae en alguna de las modalidades agravadas y el monto de la mercadería no supera el límite monetario debe considerarse como contrabando calificado, no siendo relevante la circunstancia de la reincidencia, pues al no darse el presupuesto para su aplicación la calidad de reincidente sólo podrá gravitar a los fines de merituar la pena dentro de los parámetros que fija el art. 865.

Esto se debe a que la infracción de contrabando menor no tiene existencia propia, sino que posee la estructura del delito, pero se le otorga un tratamiento de infracción por el poco valor de la mercadería, lógicamente, se advierte que no es desmesurado hacer cesar los beneficios punitivos cuando se reincide en la comisión de un actuar que en esencia es delictivo.

La reincidencia no constituye dos infracciones aduaneras, sino dos hechos con jerarquía de delitos respecto de los cuales la reincidencia impide que se le de ese tratamiento especial, manteniéndose de esta manera la finalidad que se perseguía con la inclusión de la reincidencia en el ámbito infraccional. La misma, apunta a evitar que sucesivos contrabandos de escaso monto sean tratados como infracciones y no pudieran ser castigados con pena privativa de la libertad.

Así, el beneficio o excusa absolutoria, queda sólo para el caso de que la infracción de contrabando menor sea ocasional, y no organizada o reincidente.

TENTATIVA DE CONTRABANDO

La tentativa de contrabando está regulada en el art. 871 del C.A. y establece “Incorre en tentativa de contrabando el que con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”.

En la exposición de motivos se explica que si bien, se brinda un concepto igual al indicado para cualquier delito en el art. 42 del C.P., mejora la situación, ya que la remisión del tema no debe efectuarse sobre otro ordenamiento normativo.

Analizando en profundidad el concepto del art. 871, debemos precisar el criterio de comienzo de ejecución, que debe ser diferenciado de los actos preparatorios. Comienza la ejecución, quien inicia la acción principal en la que consiste el delito, en cambio cuando se están realizando otros actos tendientes a cumplir esa acción principal, estamos en presencia de actos preparatorios, y aunque en la teoría se define fácilmente, en los casos prácticos, hay muchos supuestos limítrofes. No olvidemos que cuando se prepara un ardid o engaño, a veces es muy difícil determinar la diferencia entre tentativa y acto preparatorio.

Este art. toma un criterio objetivo, pues requiere el principio de ejecución, fundándose en la existencia objetiva del peligro corrido por el bien jurídico protegido. Pero la tentativa no requiere sólo ese elemento objetivo, sino que también se le agrega el elemento subjetivo, que se compone de la intención o el propósito de cometer el delito.

Siguiendo este razonamiento y conforme lo que he desarrollado hasta aquí, lo que se pone en peligro es el control sobre las importaciones o exportaciones, que la ley otorga a las aduanas.

Diferenciar el delito consumado de la tentativa no es fácil. El delito de contrabando puede ser considerado como una figura de peligro o de resultado, según el supuesto legal de que se trate. Por ej. el art. 863 requiere que se impida o dificulte el control, pero las acciones previstas en los incisos a y b del art. 864 exigen una conducta que consiga trabar o eludir la función principal aduanera, o sea, va más allá de hacer peligrar tal control; y si nos referimos a los tipos previstos en los incisos c y d del mismo artículo, veremos sin dificultad que no se requiere que el

resultado se produzca (presentación de documentos irregulares con el fin de obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable).

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, su principio de ejecución equivale a su consumación, parecería, por lo menos en principio, que no toleran la figura de la tentativa.

Al respecto señala Francisco 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. Resulta decisivo en estos casos examinar si el imputado dice '...no quiero llegar hasta el fin aunque puede hacerlo...' en lugar de '...no puedo llegar a la meta propuesta aunque quiero...'(35).

Esta diferenciación, es indudablemente esencial, al momento de determinar si se trata de una tentativa de delito o un desistimiento voluntario del mismo.

En la modalidad de contrabando documentado la declaración o solicitud de destinación es inalterable, y sólo cabe su rectificación, modificación y ampliación en los casos en que la ley lo admite. También cabe el desistimiento de la declaración, pero este sólo es eficaz a los fines tributarios. El Código Aduanero establece que tal desistimiento no exonera de responsabilidad por ilícitos que se hubieran cometido con motivo o en ocasión de la declaración al solicitarse la destinación. (art. 238).

EQUIPARACION CON EL DELITO CONSUMADO

Establece el art. 872 : La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado.

Al respecto resulta interesante la cita de E. Bacigalupo: “Quienes quitan relevancia al resultado en el ámbito de lo ilícito sostienen que la línea divisoria en el plano de lo ilícito no se extiende entre el delito consumado y el tentado, sino entre la tentativa acabada y la inacabada. Sin embargo, este punto de vista cuya consecuencia práctica es la de posibilitar una atenuación de la pena en las tentativas inacabadas, es falso. En realidad, si lo injusto se agotara en el disvalor de la acción y éste está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el disvalor de la acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido, pues es allí donde se pone de manifiesto, toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa y delito consumado no debería haber diferencia alguna a la gravedad de la punibilidad; tampoco entre ambas especies de tentativa debería admitirse diferencia alguna: todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución y el desarrollo de la realización del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor. La completa exclusión del disvalor del resultado eliminaría, en consecuencia toda diferencia entre hechos tentados, frustrados y consumados”(36).

Ahora bien, con respecto a los actos preparatorios, parece más correcto que la idoneidad de la acción no ha de establecerse exclusivamente sobre su carácter equívoco o unívoco, ni tampoco sobre su capacidad causal como para generar el modo del resultado, sino que ha de entenderse a su objetivo antijurídico previsto en la norma principal. Esto significa que el problema del comienzo típico de ejecución debe resolverse en concreto, con referencia a la figura que se tiene en consideración, o sea, con relación a la modalidad de contrabando que se trate. Por ejemplo, el supuesto de mercadería a bordo de un medio de transporte que se hallare oculta o en lugares de acceso reservado a la tripulación o en poder un tripulante, que no hubiere sido oportunamente declarada ante la Aduana, se encuentra contemplado en el art. 962 como una mera infracción aduanera. Ello porque dichos elementos resultan insuficientes para extraer inequívocamente su finalidad de introducción ilegítima, y aún en el caso en que el responsable lo admitiera, a dicho elemento subjetivo le falta entidad objetiva, para constituir comienzo de ejecución del delito de contrabando, pues aún la

mercadería se encuentra a bordo del medio de transporte y cabe, aunque en forma extemporánea, su declaración aduanera.

En cambio, si la mercadería es secuestrada oculta entre las ropas del tripulante que desciende de la planchada, tal actitud constituye principio de ejecución y configura tentativa de contrabando(37).

Por último, el art. 873 regula un supuesto especial de tentativa: Se considerara supuesto especial de tentativa de contrabando la introducción a recintos sometidos a control aduanero de bultos que, indudablemente o integrando una partida, contuvieren en su interior otro y 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 configure”.

Este es un acción que por su modalidad operativa, debido al lugar en que se encuentra la mercadería podría ser considerada como acto preparatorio, su acondicionamiento y demás circunstancias exigidas por la figura, le otorgan el carácter de comienzo de ejecución del delito de contrabando.

ACTOS CULPOSOS QUE POSIBILITAN EL CONTRABANDO

En el Capítulo Segundo se contemplan los supuestos culposos, en la Exposición de Motivos se aclara: El código tala en forma separada los actos culposos que posibilitan el contrabando de la presentación indebida de documentos y para caracterizar la culpa sólo utiliza las expresiones “negligencia” i “inobservancia” de las disposiciones legales específicas, respectivamente, por considerar que las mismas se adaptan mejor a las conductas culposas que se reprimen”.

Indudablemente que para que el autor del contrabando pueda lograr su objetivo requiere cierto descuido o negligencia del ser servicio aduanero.

Anteriormente, tal descuido o negligencia que favorecían las comisiones del delito resultaban impunes, pero con el fin de combatir mas eficazmente el contrabando crea estos tipos culposos.

Para que se configure el delito se requiere que el funcionario o empleado público haya actuado con negligencia o inobservando las disposiciones legales específicas, y en tal sentido el Código exige un grado mayor de culpabilidad al requerir que la negligencia resulte manifiesta y que la inobservancia sea grave; además, no se debe romper el nexo causal entre tal actitud dolosa y el delito de contrabando.

Como dato interesante se puede aportar que en el inc. b, surge que el documento extendido irregularmente debe haber sido presentado ante la Aduana con el fin de obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere, esto es, requiere que se configure el supuesto de contrabando doloso que contempla en el art. 864, inc. c. Esto demuestra la relación que debe existir entre un tipo penal y otro, la simple negligencia o inobservancia, sin que ello posibilite un delito concreto de contrabando no es punible.

USO INDEBIDO DE DOCUMENTOS

El código tipifica este accionar culposo, en forma autónoma, a diferencia que el supuesto anterior, es decir que la conducta punible solo requiere de la presentación ante el servicio aduanero de la documentación en las condiciones previstas.

El art. 868, inc. b, reemplaza la expresión “el responsable del libramiento” que contenía su norma antecedente (art. 189, inc. b, Ley de Aduana, texto según ley 21.898) por “el funcionario o empleado administrativo que por ejercer indebidamente las funciones a su cargo librare o posibilitare el libramiento” en razón de que la fórmula anterior implicaba la remisión a otro régimen que regulaba la determinación de responsabilidad.

En el art. 869 se tipifica un caso que aparenta una contradicción, que no es tal, pues en él se quiere distinguir al presentante del responsable de la presentación del documento, para que en los casos en que el responsable no se el que efectúa la presentación sea castigado exclusivamente. Concretamente reza: “quien resultare responsable de la presentación ante el servicio aduanero.”. Evidentemente, su finalidad es lograr una mayor precisión de los sujetos pasibles de sanción.

Conforme se expresa en la Exposición de Motivos, “en esta figura la presunción de culpa emerge de la calidad, oficio o actividad del sujeto activo en relación a la irregularidad o falsedad del documento que presenta. Ello quiere decir que los que ejercen ciertas actividades, por su habitualidad en el manejo de documentos, están capacitados para detectar su irregularidad intrínseca o bien los efectos que producen su presentación. Es una pauta dinámica y equitativa, pues exige un mayor deber de cuidado a quienes deben tenerlo”.

Para diferenciarlo del tipo doloso, el código ha aclarado perfectamente, “que no se hubiera actuado dolosamente”, y es que por su condición, la ley coloca al sujeto activo en una situación en la que si detecta el defecto y lo presenta igualmente, su accionar, deja de ser culposo para pasar a ser contrabando doloso, ya que el mismo acepta el dolo eventual.

CONTRABANDO CALIFICADO

El Código Aduanero estipula en los arts. 865 y 866 las acciones, que por determinadas razones puntuales, considera como agravantes para este delito.

Su antecedente más próximo fue la ley 14.129, del 29 de julio de 1952, es la que en realidad comienza a aplicar situaciones calificantes con una sanción más gravosa (privación de la libertad de 8 a 20 años).

Vino después el decreto-ley 10.317/56, que morigeró la penalidad limitándola a prisión de 1 a 8 años, introduciendo, además, algunas variantes en la formulación de las hipótesis que califican el delito.

Más adelante la ley 17.586 elevó nuevamente la escala penal de 2 a 10 años de prisión, siendo derogada en virtud de lo dispuesto por la ley 20.509 y volviéndose al régimen fijado por la ley 14.792, que se el que ha tenido vigencia hasta la sanción de la ley 21.898.

Por último el Código Aduanero –ley 22.415-, regula los distintos agravantes; y por ley 23.353 del año 1986, se modifica el art. 865 y se sustituyen los arts. 866 y 867.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES POR EL NÚMERO DE SUJETOS ACTIVOS

El inc. a) del art. 865 establece “Intervinieren en el hecho tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice”.

Con la redacción del presente inc. queda claro que se configura con la intervención de tres o más personas en forma concertada, aunque no se configure una asociación ilícita común.

Ahora bien, en el Mensaje al Poder Ejecutivo que acompaña la ley se señala: “En el proyectado inc. a) de este artículo se elimina el requisito de que las personas intervengan en forma conectada, aunque no se configure asociación ilícita, adecuando la norma, a la pacífica jurisprudencia imperante en lo que se refiere al concepto de banda, que no toma en consideración la permanencia”.

Este comentario al texto legal requiere una aclaración, pues expresa que la norma “elimina el requisito de que las personas intervengan en forma conectada”, tal exigencia no se encontraba a nivel legal, sino que regía en forma implícita por hallarse contenida en la derogada ley 17.586. Por otra parte, si el texto del inc. introducido por la ley 21.898 no varía del vigente hasta entonces, no es correcto señalar que la disposición legal “elimina” o produce un efecto que no emerge de su letra, sino del propio comentario que de ella hace el Mensaje; señala además que se adecua la norma a la pacífica jurisprudencia imperante en lo que se refiere al concepto de banda, que no toma en consideración la permanencia.

El art. 78 del Código Penal definía como “banda” a “la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados”, pero esta definición se confundía con la del art. 210 (asociación ilícita); esta fue una de las razones por las que se derogó, pero entonces se dejó sin definir.

Fue entonces la jurisprudencia la que se encargó de definirlo, y fue delineado que “banda” consiste en la reunión ocasional de tres o más personas para la comisión de un hecho concreto”. Mientras que la asociación ilícita es una reunión de tres o más personas destinada a cometer delitos indeterminados, aunque ninguno se cometa. Por otro lado tampoco se requiere para la banda un acuerdo de voluntades pleno, basta la presencia física intimidatoria de tres sujetos, aunque uno de ellos resulte ser inimputable, pues el fundamento de la calificante es la mayor indefensión del sujeto pasivo.

Volcando todo esto al agravante del contrabando que analizo, puedo afirmar que sólo requiere que medie la concurrencia de voluntades al momento de ejecutarse el hecho, sin necesidad de que la intervención haya sido concretada o acordada previamente. De tal manera, la pluralidad de delincuentes por sí sola, agrava el contrabando.

No se trata tampoco de una concurrencia física sin más, sino que debe existir un mínimo de convergencia intencional de manera que de ella emerja el fin de cometer el delito en comunión.

Por último, es fundamental saber cual es el fundamento de que tal circunstancia sea agravante del delito de contrabando. En el delito de robo tipificado en el Código Penal, la doctrina dominante opina que se obedecía a la mayor indefensión de la víctima, y en el agravante que nos ocupa, se ha entendido, que la razón es similar, ya que está basada en la peligrosidad demostrada por quien se vale de varias personas para cometer el delito por la efectividad que ello representa(38).

Vidal Albarracín en “la calificación por el número de sujetos intervinientes en el delito de contrabando” (39), al comentar el precedente jurisprudencial pone de resalto cuando se alude a la efectividad que ello representa, ya que según sostiene, la peligrosidad, se encuentra en la mayor dificultad de descubrimiento del contrabando que el número de participantes provoca. Esta posición permite armonizar con la solución que se brinda para el caso en que el valor de la mercadería no supere un tope monetario (art. 947), siendo conciliable con un tratamiento más benigno en virtud de su insignificancia económica.

Es importante aclarar que por “intervinientes” se entiende un grado de participación activo, que según el art. alcanza al autor, coautor y agrega también “al instigador”, ya que el art. en cuestión diferencia de la asociación ilícita, siempre requiere principio de ejecución.

En cuanto al cómplice secundario, se debe recordar que el art. 886, en su apartado 2º, establece una disminución de la pena aplicable de un tercia a la mitad, poniendo fin, así, al tratamiento igualitario en materia de complicidad que desde tiempo antiguo regía en la legislación penal aduanera. Dicha reducción rige tanto para la modalidad simple como agravada del delito de contrabando.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

El art. 865, inc. b) reza “interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo”. Se mantiene el sentido de la calificante contenida en su redacción anterior. Recoge la expresión “interviniere en el hecho”, en vez de “mediare participación” que contemplaba el texto de la ley 17.586,

Se ha señalado sobre la base del significado gramatical de los términos “intervención” y “participación” requiere que el funcionario o empleado público tuviera parte en el delito, o sea, obtuviera algún beneficio con su actuación; en cambio, en la “intervención” basta con que tome parte, sin ser necesario tal beneficio, sino su actuación, a los efectos de que se pueda cometer o perfeccionar el hecho delictuoso. No obstante, se agrega, dado lo sutil de la diferencia, ella no será tenida en cuenta por los juzgadores(40).

Superada esta distinción por parte de la nueva legislación, nos queda adentrarnos en lo profundo del inc. en cuestión. En una primera distinción se puede afirmar que lo distintivo entre el supuesto del inc. A y el contemplado en el inc. b, no radica, en que en aquél media un acuerdo previo, pues en ambos casos sólo se requiere la concurrencia anímica de producir un delito en común, aunque se dé al momento del hecho en forma ocasional. La diferencia está en que uno se agrava por la cantidad de personas y el otro por la calidad de uno de los sujetos que participa. Todo esto no significa que puedan darse las dos circunstancias en el mismo caso.

Con respecto a los participantes, en este tipo se excluye al encubridor, y con respecto al funcionario o empleado público se requiere que el delito se consume en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo.

En la exposición de motivos se aclara: Se ha suprimido la alusión a la calidad de encubridor, en atención a que en el Código se regula el encubrimiento de contrabando como figura autónoma. El encubridor deja entonces de ser un partícipe del delito de contrabando para convertirse en autor del delito de encubrimiento de contrabando. Por otra parte, se ha considerado inconveniente que la intervención del encubridor –sea porque con él se llega al número de tres o porque revista la calidad de uno de los funcionarios públicos indicados en el artículo 865, incs. b o c- pueda agravar un delito ya consumado, máxime cuando al no mediar promesa anterior su colaboración no pudo ser tenida en cuenta por los autores, cómplices o instigadores.

Las calidades del autor , instigador, cómplice (necesario o secundario) son compatibles con las definiciones que se exponen en la doctrina y la legislación Penal de fondo (arts 45 y 46 C.P), que no desarrollaré por no extender demás las previsiones que pretende este trabajo.

Lo que sí es interesante aclarar, es que en la redacción actual se ha suprimido la figura del encubridor, pues su mantenimiento como calificante de contrabando debe haber provenido de la equiparación de penas con el encubrimiento, que regía en materia aduanera, sin advertir que éste no constituye una forma de participar en el delito de contrabando, sino que es una figura delictiva autónoma.

Un elemento importante es entender cual es el concepto que la ley quiere determinar al momento de hablar de empleado o funcionario público. El Código Penal lo define en su art. 77: Se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Para Nuñez, “una persona participa del

ejercicio de funciones públicas si el Estado ha delegado en ella, *de jure o de facto*, de modo exclusivo o en participación con otras, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes de gobierno nacional, provincial o municipal. Puede tratarse de funciones que implican poder de decisión o ejecución (actos de autoridad) o que no lo implican y cuya finalidad es la de realizar otros poderes o facultades estatales, como la fe pública, la enseñanza pública y la salud pública”(41).

Todo esto no hace más que remarcar el hecho de que el empleado o funcionario público, debe cometer el delito en ejercicio o en ocasión de sus funciones, de las que se trata anteriormente.

Resta saber igual que en el anterior inc. cual es el fundamento del agravante. Indiscutiblemente, el accionar de estos sujeto agrava el delito por la mayor peligrosidad, pues su actuar quebranta el deber de no violar la ley que todo delito implica, al par que el deber funcional de respetarla que le impone su cargo. Es por esto que lo que agrava el delito es que el mismo se cometa con en ejercicio o en ocasión de sus funciones, pues es en este momento donde su accionar se vuelve más peligroso. Es también, una forma de abuso en sus funciones, por lo que tal agravante tiende a desalentar tales actitudes en sujetos que deberían controlar que se cumpla la ley y no colaborar a su violación, tal como lo prevé el art. 164.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“... El inc. b) del mencionado artículo (se refiere al art. 865 del C.A.) señala la intervención en calidad de autor, instigador o cómplice de un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. Será necesario que quien posea dicha calidad haya actuado, como se dijera, en ejecución o en ocasión de sus funciones y esto es así pues la realización del injusto se ve facilitado *in extremis* por encontrarse el sujeto cumpliendo actos propios de su función”. T.O.P.E., N° 2, “Alvarez, J. C. y Castro J s/ contrabando”, voto Lemos – De la Cárcova, 23/5/94, reg. 75/94.

En esta causa, uno de los imputados era, al momento del hecho funcionario del Correo Diplomático del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Quedó demostrado que había utilizado tal calidad para retirar mercadería del aeropuerto de Ezeiza sin control

aduanero ya que, por su cargo tenía acceso libre a todas las zonas restringidas de dicho aeropuerto.

“...la tarea de los encausados en su carácter de dependientes de la Administración General de Puertos se relacionaba con la limpieza de espejos de agua, o sea que dicha labor no importaba participación en forma accidental o permanente en el desempeño de funciones públicas”

C.P.E., Sala 2, “Arce, Domingo y otros s/ contrabando”, García Quiroga – Hendler, 23/5/89, reg. 106/89.

El juez de instrucción aplicó aquí la agravante prevista en el art. 865, inc. b), toda vez que a su entender los imputados revestían el carácter de empleados públicos. La Sala interviniente entendió que la actividad que desarrollaban los imputados no podía ser considerada función pública en los términos del Código Penal.

El Art. 865 inc. c) establece: “interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado del servicio aduanero o un integrante de las fuerzas de seguridad a las que este Código les confiere la función de autoridad de prevención de los delitos aduaneros”.

Este artículo termina de coordinar un agravante que tiene que ver con el deber que tienen los funcionarios y empleados públicos, que ya lo expuse al desarrollar el inc. anterior. En este caso, dada la especificidad y carácter de las funciones requeridas, que en un caso los sitúa como familiarizados con el delito de contrabando, y en el otro les impone su represión, se considera que pesa sobre ellos un mayor deber de abstención.

En el inc. anterior se especificaba que el delito se debía cumplir en ejercicio o ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo, en cambio la intervención de estas funcionarios “especializados” califica el delito sea que actúen en ejercicio de sus funciones o cuando no lo están.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que los supuestos calificados han sido tipificados con el objeto de que se reserven a hechos verdaderamente graves, siguiendo esta lógica es de esperar que esta mayor obligación de velar por el cumplimiento de la ley se encuentra en relación directa con la jerarquía del funcionario, por lo tanto aquellos empleados subalternos que no tienen ningún tipo

de contralor en sus tareas, no entren dentro de este agravante, aún cuando pertenezcan a los organismos mencionados.

Aclara Vidal Albarracin, que esta calificación por categoría funcional puede superponerse con el supuesto de presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos –inc. f- que hubieran sido expedidos por un funcionario o empleado público. La participación de éste en connivencia con el presentante de la documentación apócrifa, provocaría tal conjunción de calificantes (Ob. cit. 197).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“...Para que se dé la agravante del art. 865, inc. c) del C. A. requiere cuanto menos un conocimiento por parte del procesado de la calidad de funcionarios público que posee su consorte de causa. Ello es así, ya que la exigencia de dolo comprende un conocimiento total de las circunstancias agravantes”

C.P.E., Sala I, “Antuna , D. y otro s/ contrabando”, 30/8/83, reg. 253/83.

Lo afirmado se sustentó en lo establecido en el art. 48 del C.P. Debe recordarse que las disposiciones generales del citado Código son de aplicación en materia aduanera en la forma dispuesta en el art. 861 del C.A.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES POR EL MEDIO EMPLEADO

El art. 865 inc. d) establece como agravante “si se cometiere mediante violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa”

El agravante comprende tanto, la amenaza, como fuerza moralmente irresistible (violencia moral); y la violencia física, que significa una fuerza materialmente irresistible.

En cuanto a la fuerza en las cosas, dado que no cabe tal distinción, directamente alude a “fuerzas sobre las cosas”, que al igual que acontece en la figura básica del robo, no debe ser entendida como fuerza de traslación, sino de la ejercida sobre la cosa misma o sobre sus defensas. Es en definitiva toda actividad que se ejerza sobre la cosa con el fin de separarla de otras o de vencer la protección que pudiere presentar.

Cuando tipifica por la comisión de otro delito o de su tentativa, se refiere a un concurso de delitos que no va a ser resuelto conforme las reglas del Código Penal (arts. 54, 55 y 56 del Código Penal), sino dentro del encuadre de esta calificante, como una figura especial de contrabando. O sea que si al sentenciarse se resuelve que el hecho no constituye contrabando renace la autonomía del delito que fue absorbido por el tipo penal de la calificante y será juzgado separadamente conforme a su previsión en el ordenamiento penal común.

Este supuesto agravado comprende además todo otro delito que se utilice como medio, incluso la adulteración o falsificación de documento, pero como este supuesto está previsto en forma expresa en el inc. f) de la misma norma, por un principio de especialidad que rige en materia penal caería dentro de sus previsiones y no en ésta. Si bien el hecho viola dos disposiciones penales, en la realidad jurídica no es así, pues el hecho va a ser aprehendido por una sola figura delictiva (por ser individualmente típico). Para llegar a esta conclusión se debe estudiar la relación que media entre las figuras que aparentemente piden su aplicación al caso. En tal sentido, corresponde hablar de una relación de especialidad, pues la afirmación de una, importa la afirmación de la otra. En este caso cabe el principio general que establece que una norma especial desplaza a la más genérica.

Cabe aclarar que estas conclusiones son sólo teóricas, ya que ambos incisos tienen la misma escala penal.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“...Si bien todo parece indicar que su adulteración se efectuó en extraño territorio, los efectos de su uso se llevaron a cabo en nuestro país (art. 1° del C.P).”

T.O.P.E. N° 2, “Bautista Morales, Liliana Patricia s/ contrabando de estupefacientes”, Losada – Lemos – De la Cárcova, 1/12/93, reg. 13/93.

En esta causa el imputado exhibió el pasaporte en cuestión, ante las autoridades de migración y de aduanas.

“...La conducta del imputado al participar necesariamente en la falsificación del pasaporte presentado ante las autoridades aduaneras con la evidente finalidad de consumir el contrabando constituye un solo hecho, configurado a través del tipo previsto en el art. 865, inc. d) del C.A.”.}

T.O.P.E. N° 3 “Grimaldi, Oscar, s/ contrabando de estupefacientes”, Voto de Oliva Hernández – De la Cárcova, 14/5/96, reg. 82/96.

Aquí el imputado había intentado salir del país ocultando en un doble fondo de su equipaje, clorhidrato de cocaína. El fiscal consideró al acusado autor del delito de tentativa de contrabando de exportación de estupefacientes, cometido mediante la comisión de otro delito.

El art. 865, inc. e) establece como agravante “si se realizare empleando un medio de transporte aéreo que se aparte de las rutas autorizadas o por aterrizar en lugares clandestinos o no habilitados por el servicio aduanero para el tráfico de mercaderías”.

El motivo de la agravación del contrabando aéreo son la dificultad de detención y el auge que tuvo en su momento el mismo.

Ahora bien, no basta el empleo de dicho medio de transporte, sino que además se requiere apartarse de las rutas autorizadas o aterrizar en lugares no habilitados por la Aduana. El transporte internacional aéreo requiere que se realice por rutas autorizadas, dicha autorización puede ser genérica (vuelos regulares de línea) o para supuestos concretos, como serían los vuelos particulares o taxis aéreos se requiere la aprobación del plan de vuelo correspondiente.

De tal manera, el desvío de la aeronave del camino autorizado burla el control aduanero, teniendo en cuenta que siempre se requiere el elemento intencional.

En lo referente al “aterrijaje” que prevé la norma en su parte final, éste debe ocurrir en un lugar clandestino o bien en un sitio que sin revestir ese carácter no esté habilitado por la Aduana para el tráfico de mercaderías. En este caso, ya no interesa si se observó la ruta autorizada o no, lo relevante es el descenso en un lugar en el que no hay control aduanero.

Por último cabe relacionar esta disposición con la penalidad accesoria del “comiso irredimible del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del ilícito que contempla el art. 876 inc. b. La ley 21.898, tiene el criterio de que el comiso irredimible sólo puede recaer sobre dichos medios o instrumentos cuando fuesen de propiedad de los autores, cómplices o instigadores del delito. Es por esto que a quien culposamente transportare mercadería de esta forma, no se le puede aplicar el comiso aludido, por lo tanto el límite de la aplicación de esta norma está en la ajenidad del titular del medio o instrumento y su desvinculación con el ilícito.

El art. 865, inc. f) reza: “Si se cometiere mediando la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos necesarios para cumplimentar la operación aduanera”

Este supuesto tuvo su antecedente, cuando fue introducido por la ley 21.898, en el art. 188, inc. e de La Ley de Aduana. Constituye una de las variantes que puede tomar el contrabando documentado.

Este calificante consiste también en un contrabando cometido a través de un delito como medio, y al igual que lo sucedido en el inc. d. La diferencia radica en que aquí se trata del uso de documentos adulterados o falsos.

No es esencial para la tipicidad del hecho, que tal adulteración o falsificación sea realizada por el autor, pero si se requiere que la presentación sea dolosa, o sea, que el autor tenga conocimiento de la ilicitud y su idoneidad para cometer el delito.

Los elementos subjetivos y objetivos, consisten entonces en la falsedad o adulteración del documento, que se exige para su configuración, resultan fundamentales para distinguirlos de otras figuras afines, que también se contemplan en el régimen actual.

Esta situación normativa es necesario diferenciarlas de otras, así podemos ver que cuando en la presentación documental ante la Aduana ha mediado culpa o bien siguiendo la letra de disposición legal, cuando se ha actuado con

“negligencia, imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de las leyes, reglamentos o deberes a su cargo o actividad; la ley le da un tratamiento punitivo igual a los documentos (autorización especial, licencia arancelaria o certificación) irregulares, por haber sido expedidos contraviniendo las normas que rigen su otorgamiento, que a aquellos que revistan el carácter de adulterados o falsos (art. 864, inc. c).

Tal equiparación punitiva, es muy probable que se funde en el desconocimiento del presentante respecto del vicio que padece el documento.

Por el contrario, cuando dicha conducta es intencional o dolosa, consistiendo el dolo en el conocimiento de la ilicitud que afecta al documento, y de su eficacia para el fin propuesto (cometer contrabando), resulta relevante determinar si la documentación es auténtica, aunque expedida antirreglamentariamente (contrabando simple, art. 864, inc. c), o si es adulterada o falsa (contrabando calificado, art. 865, inc. f).

Ahora bien, el responsable del libramiento de dicha documentación (ilícito medio para obtener un tratamiento aduanero más favorable a quien lo presenta), queda comprendido en la figura culposa prevista en el inc. b del art. 868, si es que incurrió solamente en una inobservancia de las leyes, reglamentos o deberes a su cargo. Pero si actuó en connivencia con el autor del contrabando (quien presenta la documentación), responde en grado de partícipe con aquél, y como, en virtud de la naturaleza de la documentación que expidió, reviste el carácter de funcionario público, la modalidad simple en la que colabora o interviene (art. 864, inc. c), se transforma por este hecho en agravada (art. 865, inc. b).

Aclarada tal distinción, señalaré que los elementos constitutivos del inc. f, del art. 865, son: La presentación dolosa ante la Aduana de un documento; que el mismo se encuentre adulterado o sea falso; que ese documento sea idóneo para cumplimentar la operación aduanera.

El dolo debe comprender tanto el conocimiento sobre la ilicitud del documento que se presenta, como su eficacia con relación al fin perseguido (presentar tal documentación para obtener un tratamiento aduanero diferente al que correspondiere).

Como ejemplo de los requerimientos del dolo, podemos señalar lo referido en la doctrina general cuando se analiza el ilícito reprimido en el art. 296 del Código Penal (uso de documento falso), “no basta el dolo condicionado, sino que el autor debe tener la certeza que el documento que usa es falso(41).

Si bien el mismo hecho, pero ha título de culpa, por hallarse prevista con pena menor en el art. 869, queda excluida de esta modalidad, en la práctica pueden darse casos en los que resulte difícil medir el grado de culpabilidad y por ello, de existir duda sobre si se reúnen los elementos psíquicos constitutivos del dolo, corresponderá inclinarse por la solución más favorable al autor. Esto se debe al principio del “Indubio pro reo”, ya que el proceso penal no debe ser concebido como un medio de defensa de la sociedad sino como un instrumento de tutela del derecho, es decir, como un medio de hacer privar el derecho para garantía simultánea de la sociedad y el individuo(42).

Resta analizar el documento “adulterado” o “falso”, y en esto corresponde remitirse a la dogmática general del derecho penal. En general, hay un acuerdo en determinar que la ley se refiere a hacer en todo o en parte un documento falso, lo que quiere decir hacerlo íntegramente o en una parte que se suma al documento existente. Esta idea de agregar algo a un documento verdadero cuando se trata de hacerlo en parte, resulta del hecho de que se prevé, también, conjuntamente, la acción de adulterar, que supone alteración material de un documento verdadero(43).

También puede suceder, lo que la doctrina jurídica denomina falsedad ideológica, esto es que se insertaren, o se hicieren insertar en un instrumento público declaraciones falsas con respecto a un hecho que el documento deba probar (art. 293 C.P.). Ciertos supuestos de sobrefacturación en exportación o subfacturación en importación si bien se asemejan a este agravante, no puede considerárselos tal.

Señala prestigiosa doctrina, que esto se debe a la naturaleza jurídica de los permisos de embarques, que en la importación, se denominan despachos de importación.

La solicitud de destinación aduanera de exportación es un acto voluntario lícito y, si bien se encuentra expresado en función de un procedimiento administrativo, se rige por los principios generales que el Código Civil consagra al desarrollar su teoría de los actos voluntarios ilícitos en sus arts. 896 a 943.

Tal solicitud se instrumenta por intermedio del permiso de embarque, que es un formulario que confecciona el exportador y como tal es un documento privado (arts. 1015, 1020, y 1197 del Código Civil).

Dicha petición para lograr su objetivo (destinación de exportación), requiere de su integración con un administrativo del servicio aduanero (art. 338, segunda parte, del Código Aduanero) que lo autorice.

Por lo cual, esa solicitud es un acto que por sí solo no basta a los fines que se pretende, constituyendo solamente el primer paso de un acto complejo que no procura directamente un efecto de derecho privado.

De lo expuesto se desprende que al ser registrado el permiso de embarque en la Aduana es cuando se le da el uso al que estaba destinado, por lo que, si el instrumento contiene una declaración de valor no veraz, ése sería el momento en que se consumaría.

Ahora bien ¿que es lo que se consuma?

Si lo que se falsea es su contenido y, como expresara, se trataba de un documento privado, la falsedad ideológica de este tipo de documento no es punible (art. 293 del Código Penal).

¿Y cuando el permiso de embarque deja ser privado?

La respuesta es, luego de su registro ante el servicio aduanero, pues ése es el momento en que es intervenido por un funcionario público, quien va a conformar distintos aspectos del mismo (clasificación, verificación y valoración). Si luego de esta intervención funcional el documentante retoma el permiso de embarque y le introduce alteraciones en alguna de sus parte, entonces, sí su accionar recae sobre un documento público (arts. 979 y 986 del Código Civil)

Finalmente, el documento utilizado puede ser público o privado, pero “necesario para cumplimentar la operación aduanera” de que se tratare. Ello no sólo por exigirlo la norma en su parte final, sino porque, conforme al enunciado del artículo, constituye el medio para cometer el contrabando(44).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“ ...la conducta del caso debe ser subsumida en el delito de contrabando simple agravado por haber mediado falsificación de documento aduanero (permiso de embarque –arts. 863 y 865, inc. f. del C.A.-. El núcleo de la calificante estriba en el uso del citado documento para su registración necesaria ante el servicio aduanero respecto a la exportación aludida, con falsedad declarada en orden al detalle (cantidad y calidad) de la mercadería. Según se entiende, el art. 865, inc. f, del C.A. alcanza a todas las falsificaciones o adulteraciones sobre un instrumento público o privado, en cuanto éstos resulten necesarios para el cumplimiento de la operación aduanera respectiva.”

T.O.P.E. N° 2, Silberstein, E. y otro s/ av. de contrabando” voto de Losada – De la Cárcova, rta. el 21/3/95, reg. 3-s/95.

“...sólo importa que la documentación sea de aquella que resulta necesaria para cumplimentar la operación aduanera (art. 865, inc. f, C.A.), extremó éste que no ha sido puesto en crisis.”

C.N.C.P., Sala I, “B., C. J. y otro s/ rec. de casación”, catucci – Bisordi – Rodríguez Basavilbaso, 4/8/98, causa N° 1967.

En esta causa la defensa había planteado la falta de acreditación de que la cédula del automóvil hubiera sido expedida conforme a las leyes extranjeras por lo que, a su criterio, era dudoso que en nuestro territorio mereciera la fé pública.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES POR LA NATURALEZA DEL OBJETO DEL CONTRABANDO

El art. 865, inc. g), agrava el delito de contrabando si “se tratare de mercadería cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta”.

Antes de la reforma introducida a la Ley de Aduanas por la ley 21.898, este supuesto establecía “las operaciones de importación o exportación con mercaderías u objetos cuya entrada o salida estuviere prohibida (art. 187, inc. b)”. Luego el proyecto de 1973 le otorga el carácter de calificante, ampliando su alcance al referirse a mercadería suspendidas o sometidas a previa autorización.

Finalmente, al plasmarse en la ley 21.898, se vuelve al concepto anterior, aunque se conserva como agravante.

El Código Aduanero sancionado por la ley 22.145 recoge esta calificante, que luego de la ley 23.353 pasa al inc. g del art. 865, otorgándole una mejor determinación, al especificar que la prohibición a la que se refiere debe consistir en una prohibición absoluta.

El plexo normativo, establece más adelante el concepto de las distintas clases de restricciones directas, “las prohibiciones, son restricciones directas al comercio exterior no tributarias, por oposición a las tributarias que son indirectas (a través de la suba del arancel disminuyen o desalientan las importaciones o las exportaciones).

Así, teniendo en cuenta su finalidad las prohibiciones pueden ser económicas o no económicas. Las primeras tienden a proteger alguna industria nacional, o a combatir la desocupación laboral o al cumplimiento de algún plan político. En cambio las segundas obedecen a razones de seguridad pública o de defensa nación o moral pública, o de salud pública o conservación del patrimonio artístico, histórico, científico, etc.

A su vez, cabe distinguir, según su alcance, las absolutas de las relativas. Las primeras impiden a todas las personas la importación o la exportación de mercaderías determinadas (art. 611, Código Aduanero), en cambio las segunda admiten excepciones a favor de una o varias personas.

En la exposición de motivos se aclara “La norma que establece una prohibición puede determinar la mercadería objeto de la misma en razón de su especie, calidad, origen, procedencia, destino o según que su arribo al territorio

aduanero o su salida de éste se efectúe en un medio de transporte de cierta bandera o matrícula. Cuando dentro de un ámbito así circunscripto no se admita excepción a favor de persona alguna la prohibición será absoluta”.

Con respecto a las relativas señala: “...las excepciones pueden acordarse bajo deferentes formas, como ser licencias, cupos o contingente. Asimismo, las excepciones puede establecerse en consideración a un lugar determinado o atendiendo a uno o más fines o empleos especificados”.

Si la excepción a la restricción es a favor de una persona, el régimen se denomina “monopolio”, si lo es con relación a varias personas se lo llama “licencia, y si lo es respecto de cierta cantidad de mercadería, se denomina “cupo” o “contingente”.

El art. 631 del Código Aduanero establece: “El Poder Ejecutivo podrá establecer prohibiciones de carácter no económico a la importación o la exportación de determinada mercadería con el objeto de cumplir algunas de las finalidades previstas en el art. 610”.

Y el 632: “El poder Ejecutivo podrá 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 en el artículo 609, cuando tales finalidades no pudieren cumplirse adecuadamente mediante el ejercicio de facultades otorgadas para establecer o aumentar los tributos que gravan las respectivas destinaciones”.

Como puede observarse, es el objeto de cada prohibición, la que determina que puedan ser permanentes o transitorias.

Aclarada esta diferencia es importante destacar que como puede observarse el Código Aduanero no establece (como otros ordenamientos) normas en donde se especifiquen prohibiciones a la importación o exportación. Dicho cuerpo legal brinda una clasificación de las mismas y especifica los efectos jurídicos que les atribuye a las distintas categorías, pero ello no constituye en sí mismo una prohibición.

La Exposición de Motivos pone luz sobre este asunto: “Ello se explica porque las prohibiciones se establecen por razones de índole moral, de seguridad, de salubridad, etc. y en otros casos por situaciones coyunturales de naturaleza económica. En consecuencia, las prohibiciones deben surgir de la legislación que corresponda a la materia de que se trate. Al servicio aduanero sólo le cabe su aplicación”.

De tal manera, en la actualidad, la legislación aduanera no contiene restricciones directas a la importación, sino que como lo sostiene prestigiosa doctrina, el Código no impone por sí mismo prohibiciones, sino que se circunscribe a establecer ciertos principios generales y una regulación de base aplicables a las prohibiciones directas que se impusieron por otros instrumentos legales(45).

El art. 865, inc. h) establece como agravante: “si se tratare de sustancias o elementos no comprendidos en el art. 866, que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública”.

La ley de Aduana en su art. 189 inc. f, establecía “Cuando se tratare de contrabando de armas, municiones explosivos y afines, alcaloides, narcóticos o sustancias o elementos de cualquier índole que puedan servir para atentar contra la seguridad o salud pública”. La ley 21.898 suprimió la referencia a “alcaloides y narcóticos”, y agregó un párrafo final, que establecía una relación de subsidiaridad de esta figura con las previstas en leyes especiales con pena mayor. Al mismo tiempo en el art. 188, ap. f, se contemplaban las sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad, características pudieren afectar la salud... común, esto es, ponía un límite a las sustancias nocivas para la salud pública que no fueran estupefacientes.

En ese entonces, si el delito de contrabando recaía sobre estupefacientes se debía aplicar el art. 2, inc. e, de la ley 20.771, por ser una ley especial posterior, la cual reprimía severamente a quien introdujera o sacara del país el estupefaciente en cualquier etapa de su elaboración.

En esta norma se preveían dos casos de introducción al país o extracción del mismo, sin autorización o con destino ilegítimo.

La autorización mencionada, exige la intervención de la Secretaría de Salud Pública como previa para que se dé curso a todo despacho de importación o exportación, e inclusive solicitud de tránsito.

Así, el primer supuesto y el contrabando de sustancias que afectan la salud pública por consistir en un traspaso ilícito de esa mercadería a través de las fronteras, se identificarían, produciéndose un caso de superposición de normas penales que contemplan un mismo hecho, aunque reprimiéndolo con diferentes penas.

A dicha colisión existente en aquel período se la intentó solucionar a través de la nueva redacción que introdujo la ley 21.898. Así, suprimió del delito aduanero el tema de estupefacientes –mediante la supresión de los vocablos “alcaloides y narcótico”, circunscribiéndolo a sustancias que “por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública” y por el otro, efectuó una

remisión al régimen de estupefacientes, por ser especial y castigar con mayor pena dichos hechos.

Tal como veremos, toda la discusión acerca de los estupefacientes quedó superada, por la legislación posterior, por lo tanto la calificante a que refiere este inciso solo quedó reservada a las Sustancias no estupefacientes, es decir, el objeto del contrabando debe recaer en sustancias o elementos que no sean estupefacientes, pero que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública.

Tales sustancias no deben estar comprendidos en el art. 866 del Cód. Aduanero, que se refiere a los estupefacientes, por lo cual el concepto de sustancias o elementos surge *a contrario sensu*. De acuerdo con el art. 77, párr. último, del Cód. Penal modificado por la ley 23.737, el término estupefacientes comprende también los psicotrópicos y demás sustancias que puedan producir dependencia física o psíquica, incluidas en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo.

Pero para calificar el contrabando no basta que tenga por objeto sustancias no estupefacientes, sino que es menester que las mismas puedan afectar la salud pública, entendiéndose por tal “la que goza el público en general, indeterminadamente”. En otras palabras: es el estado sanitario de la población(46).

El propio inciso brinda una pauta para determinar si las sustancias pueden afectar la salud pública: la naturaleza, cantidad o características de éstas. Se trata de una figura de peligro, ya que la tipicidad no exige ninguna clase de resultado, basta con la posible afectación de la salud pública.

El art. 866, establece: “Se impondrá ... en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de elaboración.

Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriere 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 estuvieren inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional”. Texto ordenado según Ley 23.353, art. 1°.

La acción típica en esta figura penal consiste en desplegar alguna de las conductas que describen los arts. 863 y 864 del Cód. Aduanero, teniendo

por objeto estupefacientes; es decir que este precepto tipifica el llamado contrabando de estupefacientes.

Para que la acción resulte típica es menester que los estupefacientes se encuentren en cualquier etapa de su elaboración; es decir que resulta imprescindible que la elaboración haya sido iniciada. Esta norma no comprende las materias primas que no hayan sufrido un proceso de elaboración; elaborar consiste en preparar un producto por medio de un trabajo adecuado.

Pero la figura exige, además una cierta cantidad de estupefacientes, a fin de distinguir este tipo penal del previsto en la ley de estupefacientes (23.737) que describe la tenencia para su uso personal.

Tal como ya se ha manifestado, hasta la vigencia de esta ley, todo lo relativo a los delitos que tenían por objeto estupefacientes estaban regulados en la ley 20.771. Esta figura, prevista en la ley 20.771, se superponía al tipo penal en comentario. Con la vigencia de la ley 23.737, que deroga a la 20771, ya no se produce esta supuesta interposición de figuras penales; la nueva ley tipifica una conducta referida a la introducción de estupefacientes al país, aunque esa tipicidad es diferente de la que analizaremos en este artículo. Así, se reprime al que introduzca estupefacientes fabricadas o en cualquier etapa de su fabricación, o materias primas destinadas a su fabricación o producción, efectuando una presentación correcta ante la Aduana y alterando luego ilegítimamente su destino de uso (art. 6°).

También nos permite diferenciar el contrabando de estupefacientes (figura que exige que se opere en cierta cantidad) de la tenencia de estupefacientes, descrita en su art. 14. Esta norma reprime al que los tuviere en su poder y también cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencias es para su uso personal.

La presente figura también establece una modalidad agravada, que puede dividirse en dos partes:

- a) Que el contrabando de estupefacientes se cometa mediando alguno de los supuestos de contrabando calificado (art. 865);
- b) Que sean estupefacientes elaborados o semielaborados que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional.

Entonces, en el primer supuesto, para que se agrave el contrabando de estupefacientes deben concurrir algunas de las hipótesis de contrabando calificado enunciadas en el art. 865: por el número de sujetos; por la calidad del sujeto activo; por ser funcionario del servicio aduanero o integrante de las fuerzas de

seguridad; mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas; por medio de un transporte aéreo.

En el segundo supuesto se agrava esta figura por tratarse de estupefacientes ya elaborados, es decir, terminados o semielaborados, aunque el tipo requiere que su cantidad demuestre, inequívocamente, que están destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“...La cantidad incautada hace presumir inequívocamente el destino de comercialización del estupefaciente (art. 866, 2º párrafo del C.A.), el cual surge no sólo de la gran cantidad que transportaban, sino también por las circunstancias relativas al modo y oportunidad en que fuera secuestrado lo que descarta todo uso posible (los imputados negaron ser adictos).”

T.O.P.E., N° 2, “Díaz, N. O. y Pereyra, O. O. s/ contrabando de estupefacientes”, 15/5/94, Lemos – Losada – De la Cárcova, reg. 63/94.

El último agravante está tipificado en el art. 867 que prevé: “...en cualquiera de los supuestos previstos en los art.s 863 y 864 cuando se tratare de elementos nucleares explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o característica pudieren afectar la seguridad común salvo que el hecho configure un delito al que correspondiere una pena mayor”. Incorporado por la ley 23.353, art. 2º.

Lo protegido es la seguridad común, la que puede definirse como “la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen (47).

La acción típica consiste en desplegar alguna de las conductas descriptas en los art. 863 y 864 del Cód. Aduanero, que se refieren al

contrabando simple y a las modalidades especiales de contrabando, pero teniendo por objeto del mismo alguno de los elementos descritos en la norma.

Esta norma también fija una pauta para determinar la posible afectación de este bien jurídico: la naturaleza, la cantidad o características de los elementos que puedan perjudicar, alterar o menoscabar la seguridad común; se trata de un delito de peligro.

Los objetos que enumera la norma pueden dividirse en tres supuestos: a) elementos nucleares explosivos, agresivos químicos o materiales afines. b) armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra, y c) sustancias o elementos que pudieren afectar la seguridad común.

Con respecto a las armas de guerra, para ser consideradas tales deben estar comprendidas en la ley respectiva. La última categoría enunciada es lo suficientemente amplia como para comprender una variada cantidad de elementos, que por su cantidad, naturaleza y características puedan afectar la seguridad común.

Se trata de una figura subsidiaria, ya que se aplica siempre que el hecho no configure un delito al que le corresponda una pena mayor.

En este aspecto debe tenerse presente el art. 189 bis. del Código Penal, que tipifica la tenencia ilegal de armas y demás materiales, estableciendo una pena superior a la prevista en esta figura.

ASPECTOS DESTACABLES DE LOS ILICITOS ADUANEROS Y RECURSOS EN EL PROYECTO DE CODIGO ADUANERO DEL MERCOSUR

I. No cabe duda que hablar de Mercosur, implica hablar de un ambicioso plan de gobierno en marcha, de integración económico-regional en el cual se encuentran comprometidos como estados partes Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y que tiene como objeto primordial aumentar el grado de eficiencia y competitividad de las economías regionales involucradas, brindando una respuesta adecuada a la formación de grandes espacios económicos en el mundo y a la necesidad de lograr una inserción en el marco internacional.

Las integraciones regionales se van a manifestar a través de una serie de esquemas que van a reflejar los distintos grados de cooperación e integración. Estos son: el área de preferencia arancelaria, la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común, y la unión económica. Nosotros estamos asistiendo a la puesta en marcha de un mercado común, que es una unión aduanera, toda vez que se adopta un arancel externo común, y a al que se le suma la libre movilidad de personas, mercaderías, servicios y capitales. Cabe resaltar que la unión aduanera no es solo una mera unión arancelaria, ya que además supone la armonización de la normativa aduanera y su aplicación uniforme en los estados partes, siendo esto una labor ardua e importante.

A partir de las decisiones 22/94 y 24/94, el Concejo del Mercado Común puso en funcionamiento desde el 1° de enero de 1995, la unión aduanera entre los estados partes, aprobándose el Arancel Externo Común (AEC). Se establece así en el orden Nacional una nomenclatura única basada en el Sistema armonizado de designación y Codificación de mercaderías que permita individualizar y clasificar las mercaderías objeto del tráfico regional e internacional conteniendo los niveles arancelarios, tanto para el comercio intrazona como para el extrazona, que se manifiesta en la sustitución de la Nomenclatura de Comercio externo (NCE) por la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) con su correspondiente Arancel Externo Común.

II. Todo proceso de integración económica plantea problemas de gestión de distinta índole comenzando por la eliminación progresiva de

aranceles entre las partes integrantes y la creación de un arancel externo común frente a terceros países. También resulta complicado la elaboración de una normativa aduanera común, pero no cabe duda que un texto codificador en el cual se encuentren recogidas y armonizadas las normativas aduaneras, implicaría asegurar una aplicación uniforme de tal legislación, dando seguridad jurídica a los operadores económicos y a las Administraciones aduaneras. Esta tarea no es fácil y los pioneros de políticas económicas de integración regional, como por ejemplo la Unión Europea, lo saben bien, toda vez que en el art. 1º del Código Aduanero Comunitario aprobado en 1992, en vigencia a partir de 1994 se establece que las normas integrantes del mismo, junto con las de su reglamento de aplicación, y con las restantes normas Aduaneras Comunitarias y Nacionales, constituyen la normativa Aduanera.

Este ámbito de aplicación material de la normativa Aduanera de la Unión Europea no cayó muy bien a los operadores económicos, y a las Administraciones Aduaneras ya que no iban a encontrar en las disposiciones de este Código, una normativa que los pusiere a resguardo de todos los riesgos e inseguridades que implicaba una legislación dispersa en la materia. Las labores codificadoras aportan generalmente un aspecto simplificador de los trámites y procedimientos que serían de agrado en el mundo aduanero.

En el proceso de integración que hoy nos toca vivir, en la Reunión de Ouro Preto llevada a cabo el 16/12/94, los cancilleres de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, firmaron un convenio, al que le asignaron carácter de protocolo del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, relativo a un Código Aduanero del Mercosur, el que debe ser sometido a la aprobación de los respectivos parlamentos y posterior depósito de los instrumentos de ratificación. Es así que mediante la decisión 25/94 del Consejo del Mercado Común se crea el Código Aduanero del Mercosur, que incluye el territorio de los cuatro Estados Parte, sus aguas territoriales, zonas económicas exclusivas y espacio aéreo.

En cuanto a su vigencia, este Código Aduanero Mercosur reemplazará a los Códigos Aduaneros Nacionales de los Estados Partes, requiere la aprobación legislativa y ratificación y entrará en vigor treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación.

Este proyecto de Código Aduanero del Mercosur contiene trece títulos de los cuales se desprende la normativa que regula el ámbito de aplicación del Código, el Arancel Externo Común y la clasificación arancelaria de las mercaderías, la introducción de mercaderías al territorio aduanero, los destinos de la misma, la

exportación, y sus regímenes, mercaderías con prohibiciones y restricciones, los tratamientos aduaneros especiales, las zonas francas y áreas aduaneras especiales, la obligación tributaria aduanera, las infracciones aduaneras y recursos aduaneros. Es justamente el objeto de esta comunicación mostrar los aspectos más destacables del tratamiento que brinda el proyecto del Código Aduanero del Mercosur a la temática de los ilícitos aduaneros y los recursos en la materia, haciendo una comparación con el actual régimen de nuestro régimen aduanero.

III. El Código Aduanero Argentino trata en su plexo normativo el ámbito de los ilícitos aduaneros, incluyendo un título relativo a los delitos aduaneros y otro referido a las infracciones aduaneras. Dentro de este último vamos a encontrar los principios de raigambre constitucional que rigen la materia infraccional, como por ejemplo, el principio de tipicidad, el de especificidad, non bis in idem, in dubio pro reo, prohibición de analogía, aplicación de la ley penal más benigna.

En el proyecto de Código Aduanero del Mercosur no vamos a encontrar la división del Derecho Penal aduanero, toda vez que hallamos un título de infracciones aduaneras, toda vez que hallamos un título de infracciones aduaneras, y dentro de os principios generales el art. 157, contempla en este ámbito la aplicación de los principios de in dubio pro reo, non bis in idem, ley penal mas benigna y el de especificidad. Observamos que no se encuentra incluido el principio de tipicidad, así como la existencia de normas penales abiertas conteniendo una descripción genérica del ilícito.

No obstante, corresponde considera que en el régimen actual, el art. 863 de la ley 22.415 dice que el contrabando es burlar las funciones que las leyes acuerdan a la aduana para el control de las importaciones y las exportaciones, y esto constituye un tipo penal abierto, pero en los artículos subsiguientes se integra con tipos específicos, hecho que no sucede en las disposiciones penales del proyecto del Código Aduanero del Mercosur.

En el capítulo 2 del Código Aduanero Mercosur encontramos a las especies de infracciones, siendo éstas el contrabando, la defraudación y la declaración inexacta. Aquí hallamos la gran diferencia con el sistema penal aduanero que rige en el Código vigente, toda vez que el mismo contempla, como lo hemos manifestado anteriormente, dos títulos: uno referido a los delitos aduaneros, y otro concerniente a las infracciones aduaneras.

En el ámbito delictual se subsumen el contrabando en sus distintas modalidades y agravantes (arts. 863 a 866), sus derivados, como por ejemplo

los actos culposos que posibilitan el contrabando (art. 868), tentativa de contrabando (art. 871), y encubrimiento de contrabando (art. 874). Dentro de las infracciones aduaneras se incluyen las figuras de contrabando menor, declaraciones inexactas, mercaderías a bordo sin declarar, transgresiones a las obligaciones impuestas como condición de un beneficio, transgresiones a los regímenes de destinación suspensiva, transgresiones a los regímenes de equipajes, pacotilla, franquicias diplomáticas, transgresiones de régimen de envíos postales, tenencia injustificada de mercadería extranjera en plaza y otras transgresiones.

Cabe aclarar que en el sistema vigente el delito aduanero se diferencia de la infracción aduanera, toda vez que en el primero es necesario que exista un accionar doloso y es sancionado entre otras penas con la de privación de libertad, siendo el juzgamiento del delito de competencia judicial y aplicando el juez las penas privativas de la libertad, inhabilitaciones relativas a cargos públicos, pérdida de concesiones, privilegios y las demás enumeradas en el art. 1026 del Código Aduanero.

Será la sede administrativa la encargada de aplicar las accesorias pecuniarias, como por ejemplo multas, comiso de mercaderías, inhabilitación para desempeñarse como funcionario aduanero, importador o exportador, y las demás enumeradas en el art. 1026 del Código Aduanero. En cambio en las infracciones aduaneras no es de importancia si su comisión se realiza con dolo o culpa, evidentemente tiene un carácter más objetivo, y los ilícitos infraccionales no son castigados con penas privativas de la libertad, juzgándose los mismos en sede administrativa y aplicando las penas la Administración Nacional de Aduanas.

El proyecto de Código Aduanero del Mercosur también incluye el tratamiento de los ilícitos aduaneros, pero con la diferencia que las conductas transgresoras van a encuadrarse en el título de las infracciones. No existe división alguna entre delitos e infracciones pues el contrabando pertenece al ámbito infraccional aduanero. El art. 166 del Código Aduanero prescribe “Se considera contrabando, a los fines de este Código, toda acción u omisión que tenga por objeto la introducción o salida del territorio aduanero de determinada mercadería, con evasión al control aduanero, que pueda traducirse en daño al Erario o en violación de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos especiales, aún no aduaneros, en las disposiciones de este Código y en las Normas de aplicación”.

Asimismo cabe destacar que el contrabando en este proyecto está castigado con penas de comiso y multa. No obstante el art. 167 de este

proyecto hace una reserva que consiste en que las penalidades serán aplicadas sin perjuicio de lo que establezca la legislación penal de cada Estado Parte. Aquí vemos un atisbo de familiaridad con el Código Aduanero de la Unión Europea, ya que si bien en éste el aspecto penal no se halla regulado, se deja librado a los Estados miembros la aplicación de la normativa penal de cada Estado Parte, porque todavía no se han acordado textos únicos en materia de ilícitos aduaneros, a pesar de ciertos convenios unificadores.

Como vemos el proyecto de Código Aduanero del Mercosur deja la posibilidad de aplicar la normativa penal de cada Estado parte, consecuencia lógica del carácter estrictamente territorial del Derecho Penal, aunque hoy en día pareciera que existe alguna tendencia a la extraterritorialización manifestada en algunos Convenios Europeos.

El Art. 168 del proyecto considera defraudación a toda acción u omisión que infrinja disposiciones legales o reglamentarias, aduaneras o no, o implique perjuicio para el Erario, siempre que el hecho no configure contrabando o declaración inexacta. Si bien la gama de acciones y omisiones a que se refiere el artículo citado es amplia, el art. 169 establece las multas que se van aplicar a las infracciones caracterizadas como defraudación, incluyéndose entre éstas a las relacionadas con el precio y valor aduanero de las mercaderías, adulteración o falsificación de documentos, utilización de mercaderías importadas con exención, reducción o suspensión del pago de gravámenes que se afecten a fines diferentes de aquellos para los cuales fueron autorizados, incumplimiento de plazos establecidos, extravío o falta de mercadería manifestada o descargada en el territorio aduanero, el incumplimiento de cualquier otro requisito formal previsto en el Código o en normas de aplicación. Pareciera ser que dentro de la infracción que el proyecto define como defraudación estarían incluidas varias de las conductas infraccionales contempladas en el Código Aduanero vigente.

El Art. 170 del proyecto del Código Aduanero Mercosur considera que la declaración para un régimen aduanero es inexacta cuando la autoridad aduanera, en ocasión de la verificación aduanera constate que las informaciones, datos o indicaciones proporcionados por el declarante implican un pago menor de los gravámenes debidos al Erario, en la concesión de incentivos o beneficio con valor superior al que el declarante tendría derecho si la declaración fuese efectuada correctamente, o el incumplimiento de la legislación aduanera, o de cualquier otra naturaleza y de cualquier otra formalidad. Evidentemente también encontramos un tipo infraccional amplio que pareciera aclararse en el artículo siguiente cuando establece las

multas que se va a aplicar a las infracciones caracterizadas como declaraciones inexactas, cuando se refieran a especie, origen, o procedencias diversas, clase o calidad superior o inferior, mercaderías gravadas con tributo más elevado, deferencia de peso o cantidad, mercaderías no manifestadas, siempre que no configuren contrabando.

El régimen actual del tipo infraccional consagrado en el art. 954 apartado 1 del Código Aduanero penaliza al que, para cumplir cualquiera de la operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiere con la que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir un perjuicio fiscal, una transgresión a una prohibición a la importación o la exportación, y el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere.

En materia de responsabilidad infraccional se vislumbra la tendencia a la responsabilidad objetiva, toda vez que el apartado 7 del art. 165 del proyecto del Código Aduanero del Mercosur establece que “Salvo disposición expresa en contrario, la responsabilidad por infracción aduanera es indiferente de la intención del infractor o del responsable de la efectividad, naturaleza y extensión de los efectos del acto u omisión”.

El art. 902 del Código Aduanero Argentino prescribe en su apartado primero: “No se aplicará sanción a quien hubiere cumplido con todos los deberes inherentes al régimen, operación, destinación o cualquier otro acto o situación en que interviniera o se encontrare, salvo los supuesto de responsabilidad por hecho de otro previstos en este Código...” Se advierte que en este artículo se recepta en parte el principio de responsabilidad objetiva, por ejemplo en el supuesto de la responsabilidad por el hecho de otro. Así es que parte de la doctrina aduanera sostiene que la concurrencia del elemento subjetivo para la configuración de la infracción aduanera se encuentra limitada, prevaleciendo no obstante el carácter objetivo de la transgresión. Parecería que esta postura coincidiría con la orientación del proyecto que comentamos.

Otro aspecto a destacar del proyecto del Código Aduanero del Mercosur es el relacionado con la extinción de la acción para imponer penalidades por infracciones aduaneras. Dicha extinción se produce por amnistía, prescripción y pago de la multa (art. 164). En el régimen aduanero vigente, el art. 929, a diferencia del proyecto, incluye en este tema, además de las causales de extinción de la pena mencionada, la de muerte del imputado. De esta manera parecería que en el proyecto en

cuestión en caso de muerte del infractor las penas pecuniarias se le aplicarían a sus herederos.

En cuanto a los recursos en materia aduanera, antes de mostrar lo establecido para la materia en la normativa proyectada, es bueno dar una breve mirada al régimen actual en el cual se establece que frente a resoluciones de las Aduanas que impusieren sanciones por infracciones aduaneras, como aquellas que denegaren la devolución de importes que los administrados pagaron indebidamente, se puede interponer en forma optativa y excluyente recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación o demanda contenciosa en la Justicia Federal, con efecto suspensivo.

Por otro lado, contra las resoluciones aduaneras que denegaren impugnaciones deducidas contra actos que exigieren el pago de tributos, que intimaren la restitución de importes abonados indebidamente por el Fisco en concepto de estímulo a la exportación, se aplicaren prohibiciones a la importación o exportación, se denegare el pago de importes por estímulo a la exportación, y se aplicaren multas automáticas, los administradores recurrentes podrán interponer recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, también con efecto suspensivo.

En el Código Aduanero del Mercosur el art. 175 establece el derecho de recurrir contra las aplicaciones de la legislación aduanera que afecten en forma directa, personal y legítima los derechos del administrado. El recurso podrá ser ejercido en primera instancia ante la autoridad aduanera designada por los Estados Partes y en segunda instancia ante la autoridad superior u organismo competente, conforme a las disposiciones vigentes en los Estados Partes.

Es decir que encontramos dos instancias recursivas: la primera ante la autoridad superior, que parecería que fuera el Superior jerárquico Administrativo, u Organismo Competente. En esta segunda instancia es donde parte de la doctrina critica que se estaría vedando el sistema de revisión jurisdiccional, toda vez que el Poder Judicial no es Superior jerárquico de los funcionarios aduaneros, ni tampoco es un organismo competente en la esfera del Poder Ejecutivo, pero sí parecería que el Tribunal Fiscal de la Nación lo es, toda vez que este Organismo Jurisdiccional que se encuentra en la esfera del Poder Ejecutivo cuya finalidad es la protección de los contribuyentes responsables y sancionados de la DGI y la ANA . Esto no excusa, de todos modos, la imposibilidad de acudir a la Administración de justicia.(42)

CONCLUSION

Todo este concienzudo estudio, me lleva a ver que el delito de contrabando es un accionar ilegal que permanentemente va mutando, de formas y modalidades, por lo que el ordenamiento punitivo intenta combatirlo cada vez con más eficacia.

Esto se ve plasmado a través de su evolución, y del moderno proyecto de código del Mercosur analizado, así cada nuevo régimen, intenta mejorar su eficacia para superar los defectos del anterior.

Pero es indudable que todo este esfuerzo para lograr sus objetivos, depende también de muchos otros factores.

Por un lado, la naturaleza económica del delito, que lo ha dotado de ese carácter dinámico y variable, hace que se requiera tal complemento en la política económica que se establezca. Un mal ordenamiento económico, no puede ser suplido por la represión de una actividad a través de un ordenamiento penal.

Cuando no se cumplen las expectativas económicas de un país, se producen desviaciones, y entonces parece que todos los esfuerzos son inútiles, y la ley en definitiva termina burlada. Un ejemplo nos puede dar luz sobre el asunto, cuando la situación económica del país se encaminó hacia la destrucción de la industria nacional, todo intento por prohibir absolutamente el ingreso de algunas mercaderías extranjeras, fue tan contradictorio que no logró frenar el delito de contrabando, así sucedió por ejemplo con el contrabando de automóviles extranjeros, cuando se utilizaron las franquicias para discapacitados como medio (la década del 70 y el 80).

Es entonces importante darse cuenta de que los problemas deben ser atacados desde sus causas. Los procesos económicos perniciosos, deben ser resueltos en esa área, no puede intentarse aliviar sus efectos a través de sanciones penales por sí solas, cuando en realidad se requiere cambios más estructurales. Ahora bien, si las mismas se ponen en práctica como parte de un conjunto de medidas, esto es, como complemento de las mismas, puede entonces comenzarse a hablar de un proceso más sano, que a largo plazo cumplirá con sus objetivos. De nada serviría prohibir el ingreso de animales, con una enfermedad contagiosa, por ejemplo, si no se establece una seria política sanitaria animal interna.

Debemos recordar aquellos viejos principios económicos que ponen de resalto que la escasez de oferta de un producto produce un aumento irreal

de su demanda, aumentando ficticiamente su precio, haciendo más atractiva la violación de las reglamentaciones, aún a costa de el peligro de incurrir en un delito gravoso como es el contrabando.

Esto se transforma en una víbora que parece morderse su propia cola. El contrabando se intensifica en forma irresistible cuando las prohibiciones para importar, los controles excesivos o las tarifas aumentan injustificadamente, ya que tales actitudes llevan los precios a límites absurdos.

Por otro lado, el contrabando, por tener como sujeto pasivo al Estado y por haber funcionado como instituto regular durante cerca de tres siglos, es considerado como justo y natural, cuando el mismo toma este tipo de políticas, todo esto con el debido poco reproche social que merecen tales actitudes.

Así, la irregular y deficiente aplicación de los sistemas represivos también ha creado una gran falta de credibilidad respecto de la eficacia de la ley, pero sobre todo de su aplicación.

Esto significa que tal como lo sostiene una parte de la dogmática penal, es muy importantes para los fines de esta rama, que quienes delinquen sean descubiertos y reciban su castigo. Esta es una acción psicológica que hace a lo que se llama prevención especial y general, y es la forma que el sistema penal intenta que los bienes jurídicos que protege sean respetados.

Cuando esto no sucede, la relación entre el derecho penal y esa prevención que persigue se vuelve en su contra, ya que cuando son sólo condenado un mínimo porcentaje de quienes delinquen, y corresponden a quienes menos dañan los bienes jurídicos en cuestión; pareciera que el Estado en vez de ser un ideal “estado de Derecho”, se transforma en un “Estado de Hecho”, donde el individuo ya no se siente respetado por el derecho, sino atacado, y termina entonces, aplaudiendo a quienes, en contra del sistema lo violan y superan sus controles.

Hago más las palabras de Aftalión cuando afirma: “... en todos los países del mundo, en los últimos años el Estado, al par que consideró obligado a dictar complejas reglamentaciones económicas que circundan por todos los lados la actividad de las gentes, estimó del caso anexarles severas sanciones para los casos de incumplimiento de las mismas y se conforman con reprimir de vez en cuando a algunos pocos chivos emisarios... No hace falta forzar mucho la imaginación para percibir la muy dañina incidencia criminológica de estas situaciones. Aparte de que son un nuevo factor de desorganización y corrupción administrativa, fomentan en el común

de las gentes una actitud escéptica frente a la ley y al Estado” –E. Aftalión, “Derecho Penal Especial”, Ed. La Ley, Bs. As. 1971.

Por todo esto, quizás sea menester entender que quizás lo más acertado sea despenalizar el contrabando, para convertirlo en una infracción aduanera, tal como lo propone el proyecto del Código Aduanero del Mercosur. Y dedicar todos los recursos que se disponen para controlar e investigar el delito, en tratar de fomentar una conciencia social más que condene más severamente la violación de este tipo de delitos económicos, en los cuales, si bien no hay un perjudicado directo, nos perjudicamos todos. Pero para esto es necesario, profundos cambios, tanto económicos, como educativos, morales y de otras índoles, que logren una sociedad más justa y responsable ante las normas legales.

Se requiere en primer lugar una política económica que sirva de plataforma, que actúe como complemento, al menos para estrechar los márgenes entre el riesgo y la utilidad del delito. En segundo lugar una legislación que regule el contrabando como un delito grave, y que atrape específicamente aquellos hechos importantes para el bien jurídico tutelado, y no cualquier pequeño accionar, que sólo produce un innecesario desgaste jurisdiccional, perdiéndose el objetivo de la penalización. En tercer lugar una justicia acorde a los límites de la ley. Y por último un eficaz reproche social no solo para quienes llevan la actividad ilícita adelante, sino para el resto de la sociedad, que en forma madura entienda la importancia de respeto por las normas.

Tales cambios no pueden lograrse sólo a través del derecho penal, por más esfuerzo legislativo que se entregue, todo el otro impulso social y económico termina venciéndolo, volviendo obsoleto y falto de sentido. El Derecho Penal, debe trascender el papel que hoy ocupa, se ha convertido en un débil sistema de marginación al servicio del poderío económico, sus fines son mucho más loables que eso. Ese será el día, que si bien no se consiga eliminar el delito de contrabando, tendremos el orgullo de sentir que es atacado más eficazmente, por una sociedad que está dispuesta a combatirlo porque es lo mejor para ella.

CITAS

1. “El Delito de Contrabando”, Vidal Albarracin, H., Ed. Universidad Bs. As., 1987.
2. “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, 2da. Ed., 1984, pág. 322.
3. Laurens, J. C. “Ilícitudes Aduaneras”, Rev. “Derecho Aduanero”, T. I, pág. 987.
4. Boletín Oficial 7/11/78.
5. Fero, C. A. y Di Fiori, J. L., “Legislación y Régimen Procesal Aduanero” Ed. De Palma, Bs. As. 1996, T. I, pág. 37.
6. Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”, Ed. TEA, Bs. As. 1983, T. IV, pág. 285.
7. L.L., T. 1977-B, pág. 136
8. Vidal Albarracin, Op. cit. pág. 51
9. Fontan Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Abeledo-Perrot, 2da. ed., Bs. As. 1980, T. VI, pág. 45.
10. Nuñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Ed. Bibliográfica Argentina, 1967, T. V, pág. 299.
11. Vidal Albarracin, Ob. cit., pag. 54.
12. Di Fiori- Fierro, “Ley de Aduana y sus normas complementarias”, Ed. De Palma, Bs. As. 1977, pág. 319.
13. Diario de Secciones de la Cámara de Diputados, Antecedentes parlamentario de la Ley, opinión Diputado Balestra.
14. Bacigalupo, E. “Lineamientos de la teoría del delito”, Ed. Estrea, Bs. As. 1978, pág. 69.
15. D’Albora, Francisco, “Tratado de Derecho Penal Especial”, Ed. La Ley, Bs. As. 1970, T. IV, pág. 195.
16. Bielsa R. “Derecho Administrativo”, 6ta. ed. , La Ley, 1954, T. IV, pag. 539.
17. D’Albora, Francisco, Ob. cit., pág. 197.

18. C. N. Penal Económico, Sala III, 8/8/68, “Medosky, Mario” –L.L., T. 133, pág. 309 (citado por Vidal Albarracin, Ob. cit. pág. 62).
19. Nuñez, Ricardo, Ob. cit. , T. VII, pág. 18.
20. Fotan Balestra, Ob. cit. pág. 135.
21. cfr. Vidal Albarracin, Ob. cit. pág. 71
22. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 25/7/74, pags. 762 y 835.
23. cfr. Vidal Albarracin, Ob. cit. págs. 89-91.
24. Vidal Albarracin, “Delito de Contrabando”, Ed. Universidad, Bs. As. 1980, pag. 52.
25. Exposición de Motivos del Código Aduanero, al comentar el Título, Cáp. I, Contrabando, punto 4, 2do y 3er. párr.
26. Cámara Federal Capital, Fallo 5/12/61, “D.-J.”, pág.63.
27. Francisco, D’Albora, Ob. cit., pág. 210.
28. Sebastian, Soler, Ob. cit., T. II, pág. 199.
29. cfr. Vidal Albarracin, Ob. cit., págs. 99 y sigts.
30. Fernandez Lalanne, Pedro, “Comentarios al Código Aduanero”, pág. 559, Ed. Guia Práctica del Exportador e Importador, Bs. As. 26/5/82.
31. Klaus Tiedemann, “Poder Económico y Delito”, Ed. El Derecho, Bs. As. 1985, pág 91.
32. Vidal Albarracin, Ob. cit. pág. 113.
33. Idem anterior, pág. 126.
34. Cámara Penal Económico en Pleno, Causa “Simone, Jorge N. y Moyano, C. A. s/ contrabando” 15/8/81 – L.L. 198-B, pág. 500).
35. D’Albora, Francisco, “Tratado de Derecho Penal Especial”, dirigido por E’ Altalion, Ed. La Ley, 1970, T. IV, Libro VII, pág. 319.
36. Bacigalupo, E. “Tratado de Derecho Penal” (citado por Vidal Albarracin en Ob. cit. pág. 118.
37. Vidal Albarracin, Ob. cit. pág. 158.
38. C. Penal Económico, Sala III, E. D. 21/10/82.
39. Vidal Alabarracin, “La Calificación por el Número de Sujetos Intervinientes en el delito de Contrabando”, E.D. 21/10/82.

40. Silveyra, F. J. “Contrabando y encubrimiento de contabando”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1968, pag. 65.
41. Nuñez, R., Ob. cit., T. XII, pág. 18.
42. Pavé, Rubén César, “Aspectos destacables de los ilícitos aduaneros y recursos en el Proyecto de Código Aduanero del Mercosur”, en “Del Mercosur”, coord. por Miguel Angel Ciuro Caldani, Ediciones Ciudad Argentina.

BIBLIOGRAFIA

“Delito de Contrabando”, Vidal Albarracin, H. Ed. Universidad Bs. As., 1987.

“Código Aduanero Comentado-Concordado”, Vidal Albarracin, H., Ed. Abeledo-Perrot, 1992.

“Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, 2da. Ed., 1984.

“Derecho Penal Argentino”, Soler Sebastián, Ed. tea, Bs. As. 1983.

“Tratado de Derecho Penal” 2da. Edición corregido y actualizado, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1980, Fontan Balestra,

“Derecho Penal Argentino”, Nuñez, Ricardo, Ed. La Ley , Bs. As., 1964.

“La Ley de Aduana y sus Normas Complementarias”, Di Fiori- Fierro, Ed. De Palma, Bs. As. 1977,

“Lineamientos de la Teoría del Delito”, Bacigalupo, E., Ed. Astrea, Bs. As. 1978.

“Tratado de Derecho Penal Especial”, D’Albora, Francisco, Ed. La Ley, Bs. As. 1970.

“Introducción al Derecho Aduanero”, Ed. Abeledo Perrot, 1988.

“Derecho Administrativo”, R. Bielsa, 6ta. edición, Ed. La Ley, 1964.

“Código Aduanero Comentado, Antecedentes, Concordancias”, M. Asina, R. Basaldúa, Ed. Abeledo-Perrot, 1985.

“Poder Económico y Delito” Klans Tiedmann, Ed. Ariel Derecho, 1985.

“Derecho Penal Aduanero” Tosi, Jorge Luis, Ed. Ciudad Argentina, 1997.

“Código Aduanero comentado” Ferro-Ferro, Ed. De Palma, 1991.

“Régimen Procesal y Penal Aduanero” Ed. Astrea, 1995.

“El Contrabando en el Derecho Aduanero Argentino y en el Derecho de la integración del Mercosur”, de Rubén César Pavé en “La Filosofía del Derecho en el Mercosur”, coord. por Miguel A. Ciuro Caldani, Ediciones Ciudad Argentina.

“Aspectos destacables de los ilícitos aduaneros y recursos en el Proyecto de Código Aduanero del Mercosur”, de Rubén César Pavé, en “Del Mercosur”, coord. por Miguel Angel Ciuro Caldani, Ediciones Ciudad Argentina.

INDICE GENERAL

RESUMEN	2
OBJETIVO GENERAL	3
OBJETIVO ESPECIFICO	4
FUNDAMENTACION	5
DESARROLLO DEL TEMA	7
INTRODUCCION	7
➤ Antecedentes históricos	7
➤ Constitución Nacional y Organización Aduanera	11
➤ Legislación aduanera anterior al Código	14
➤ Fuentes del Código Aduanero	16
➤ Ley 22.415 y su reglamentación	18
➤ Reglamentación del Código Aduanero –Decreto 1001/82	24
➤ Proyecto de Reforma	25
EL DELITO DE CONTRABANDO	26
➤ Evolución	26
➤ Definición genérica	29
➤ El bien jurídico tutelado	35
➤ Funciones aduaneras cumplidas por otros organismos	44
SUPUESTOS DE CONTRABANDO SIMPLE (art. 864 del C.A.)	45
➤ Importación o exportación de mercaderías en horas o lugares no habilitados	46
	108

➤ Actos u omisiones que impiden o dificultan el control aduanero	50
➤ Presentación de documentación expedida irregularmente	54
➤ Ocultación, disimulación, sustitución o desviación de mercaderías	56
➤ Simulación de una operación o destinación para obtener un beneficio económico	59
INFRACCION DE CONTRABANDO MENOR	62
➤ Excepciones a la consideración como infracción	63
TENTATIVA DE CONTRABANDO	66
➤ Equiparación con el delito consumado	68
ACTOS CULPOSOS QUE POSIBILITAN EL CONTRABANDO	70
CONTRABANDO CALIFICADO	72
➤ Circunstancias agravantes por el número de sujetos activos	72
➤ Circunstancias agravantes por la calidad del sujeto activo	74
➤ Circunstancias agravantes por el medio empleado	79
➤ Circunstancias agravantes por la naturaleza del objeto del contrabando	86
ILICITOS ADUANEROS Y RECURSOS EN EL PROYECTO DE CODIGO ADUANERO DEL MERCOSUR	93
CONCLUSION	100
CITAS	103
BIBLIOGRAFIA	106
INDICE GENERAL	108

