

Título: Elementos básicos del Derecho Penal Aduanero

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en:

Cita: TR LALEY 0003/009112

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Territorio aduanero.- III. Mercadería.- IV. Importación y exportación

I. INTRODUCCIÓN

La primera característica que presenta el derecho penal aplicado a la actividad económica en la Argentina es su significativa dispersión legislativa.

Por ello, el Código Aduanero (ley 22415 [LA 1981-A-82]) constituye un valiosísimo aporte legislativo. Su dictado implicó la sistematización de una materia que hasta ese momento se encontraba diseminada en distintos ordenamientos (leyes, decretos, resoluciones), que atentaban constantemente contra una adecuada interpretación y aplicación de su contenido. Incorporar toda la materia aduanera en un mismo cuerpo normativo, sin duda facilitó su conocimiento y permitió, no sólo aprehender un concepto, sino también el contexto en el que fue legislado.

Se trata de una legislación de base que comprende todo el derecho aduanero. Sus elementos esenciales son: el territorio aduanero, mercadería, importación y exportación. Dado que los mismos son utilizados tanto en su operativa regular -destinaciones- como irregular -infracciones y delitos aduaneros-, a estos fines penales, se requiere precisar su alcance a la luz del Derecho Penal común, en cuyo marco se mueve (art. 861 CA.) (1).

II. TERRITORIO ADUANERO

Significa el ámbito espacial donde se aplica la ley aduanera. Al respecto, el Código Aduanero establece con toda precisión que sus disposiciones rigen en todo el espacio terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina. Ello obliga a especificar que los lugares sometidos a dicha soberanía son aquellos donde el Estado puede imponer sus facultades de gobierno, de acuerdo con la división funcional de los tres poderes y en el marco de la forma federal de organización política.

Ahora bien, ese lugar al que se hace referencia importa la existencia de un territorio que no necesariamente debe coincidir con el político. En otros términos, los conceptos de territorio aduanero y territorio político no son iguales, por lo que el art. 1 CA. no debe ser interpretado de modo que puedan confundirse ambos (2).

Antes bien, se trata de aceptar el hecho de que estos dos ámbitos no denotan una identidad conceptual que permita su referencia indistinta. Territorio político no es igual que territorio aduanero, y ello supone la posibilidad de que dentro del primero coexistan varios territorios aduaneros, que resulta ser aquel donde se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico (3).

Esta noción de distinguir el territorio político-geográfico del aduanero, sostenida también por autorizada doctrina (4), no fue sin embargo pacíficamente aceptada, de acuerdo con algunos precedentes jurisprudenciales. Quizás la oportunidad donde hubo más posibilidades de cuestionar ello fue en virtud del régimen establecido por la ley 19640, que creó en el ámbito de Tierra del Fuego dos zonas diferenciadas: un área aduanera especial a regir en los límites de la Isla Grande de Tierra del Fuego, y un área o zona franca para el resto del territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Ello importó, tal como lo define el Código Aduanero, que en la mencionada área aduanera especial rigiera un régimen arancelario especial y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y exportaciones. Asimismo, que la introducción o extracción de mercaderías de dicha zona implicase importación y exportación, y por ello la necesidad de que el servicio aduanero controlase tales extremos (5).

Así las cosas, en el año 1990 la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, revocando el pronunciamiento del juez federal de Río Gallegos, sobreseyó a Esteban Maggi de haber cometido el delito de contrabando (art. 864 inc. d), considerando para ello, en otras palabras y sintéticamente, que el hecho imputado -consistente en haber ingresado cigarrillos nacionales aptos sólo para ser consumidos en Tierra del Fuego, al territorio general sin el previo control de la aduana- no podía ser subsumido en la hipótesis de contrabando, ya que ello significaría la aceptación y vigencia de una aduana interior, en contra de la prohibición constitucional. Además, que tal conducta pueda dar lugar a una infracción fiscal, creada como consecuencia de la instauración de un régimen para fomentar una determinada zona del país, no autoriza a ser tratada como un caso de contrabando, ya que éste únicamente tiene por base el comercio internacional entre nuestro país y otros extranjeros (6).

Evidentemente, y de acuerdo con el tema que se viene tratando, tal manera de exponer las cosas permite que

se cuestione la distinción entre territorio aduanero y territorio nacional, ya que si, conforme al precedente indicado, la legislación aduanera sólo será de aplicación ante actos de comercio que impliquen traspasar las fronteras políticas del país, entonces no tendrían razón de ser los arts. 2 y 3 CA., donde se especifican los lugares a los que se considera territorio aduanero y a aquellos que no lo son, y, por otro lado, tampoco tendría justificación el art. 9 del mismo ordenamiento, donde claramente se hace alusión a que la importación o exportación se produce desde o hacia un territorio aduanero, y no dice al territorio nacional. Y en consecuencia, si estos artículos dieran lugar a la creación de aduanas interiores, también serían inconstitucionales junto a los artículos de la ley 19640 (ALJA 1972-A-94) concordantes.

El caso "Maggi" fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9/12/1993. Arribó allí por el recurso extraordinario interpuesto por el fiscal de la Cámara y sostenido por el procurador de la Corte. Y la Corte trató el tema, quizás no con toda la claridad esperada, a juzgar por las dos maneras en que fundó su opinión.

A pesar de que la cuestión no fue resuelta por unanimidad de criterios, y contar entre los disidentes con el único penalista, el Dr. Ricardo Levene (h), tuvo entre la propia mayoría dos formas de fundar su posición hacia una misma solución. Ésta fue, para una postura, que las disposiciones de la ley 19640 no son inconstitucionales, y así lo declaró, sosteniendo una interpretación teleológica de las normas constitucionales en juego (arts. 9, 10, 67 inc. 1 -actual 75 inc. 1- y 67 inc. 18 -actual 75 inc. 18-), en la que claramente distinguió que una cosa es restringir el tráfico de mercaderías interprovincial (7), creando derechos a favor de una provincia en desmedro de otra, lo que justamente significaría crear aduanas interiores, y otra es la circunstancia de fomentar zonas de crecimiento comercial, donde rijan sistemas impositivos distintos, que a la vez impongan el debido control aduanero para establecer justamente que sea allí donde se goce del beneficio tributario, tanto en lo fiscal como en lo aduanero. Dicho de otro modo, el principio que subyace es que las mercaderías, tanto nacionales como extranjeras, puedan transitar todo el territorio nacional; ésa es la libertad que la Constitución garantiza. Y ello no resulta menoscabado por la implementación de controles donde se verifique que el consumo y utilización de las mercaderías se efectúe conforme la normativa establecida en base a la igualdad que surge del reconocimiento de distintas zonas geográficas, que tienen conformaciones naturales diferentes.

Por otro lado, el resto de la mayoría (8) sostuvo un curioso argumento según el cual no resultaba necesario expedirse por la constitucionalidad de la ley 19640 en discusión, toda vez que consideró que el análisis debía centrarse en el reconocimiento de distintas zonas geográficas, donde fuere de aplicación un régimen distinto, respecto de la aplicación de impuestos internos al consumo. Y ello no afecta en modo alguno la libre circulación de mercadería por todo el territorio, ya que, coincidiendo con la opinión de los anteriores ministros del tribunal, lo que está vedado por la Constitución es la implementación de derechos que restrinjan el mero tráfico de productos y no la aplicación diferenciada de impuestos que valoren la mercadería, según el lugar donde serán o deberían ser consumidos. Esto último en sintonía con la garantía de igualdad, como base del impuesto, que conforme el mismo tribunal (9), "sólo exige que en condiciones análogas se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes".

Esto requiere una advertencia: lo que se está sosteniendo, en los votos de los dos ministros de la Corte, es que no analizarán si la ley 19640 creó o no aduanas interiores, extremo éste que podría significar, a juzgar por los votos de la minoría, que el tribunal no se hubiera expedido totalmente sobre esta cuestión. Es decir, en tanto cuatro votos habrían sostenido la constitucionalidad de la ley 19640, al respecto, otros tres se expidieron por su inconstitucionalidad (10), y los dos restantes no se expidieron, con lo que sobre este punto no habría mayoría de decisiones.

Finalmente, en cuanto a los dos votos que se están analizando, se interpretó que el hecho de que la ley 19640 utilice el término "importación" para describir las operaciones de tráfico de mercadería desde Tierra del Fuego, no significa la remisión al régimen aduanero, ya que sólo determina que el sistema de la ley 19640, en la medida en que exime del pago de impuestos internos al consumo y obliga su pago cuando se pretenda sacar esos productos y consumirlos fuera de esa zona especial, implementó por remisión sólo a los tipos penales y sus penas un régimen represivo igual al del delito de contrabando, por lo que llamó importación y exportación a las operaciones tendientes a incumplir con el pago de dichos impuestos internos, al sacar o ingresar mercaderías a esa zona. En otras palabras, si bien se habla de importación, de exportación, de área aduanera especial y territorio general, en la ley 19640, en igual sentido que en el Código Aduanero, ello no significa, según la opinión de los jueces citados, que estemos ante verdaderas importaciones o exportaciones o verdaderos delitos de contrabando que, aparentemente, si bien no lo explicitan así, serían los que se producen mediando el traspaso de fronteras políticas, sólo se estaría ante conductas que infringen el régimen creado por la ley 19640, a las que se las denomina igual que en el Código Aduanero y que, por imperio del art. 23 de él, la aduana debe verificar y controlar, en tanto le fue encomendada esa función.

Resulta curioso advertir que a una persona se le impute el delito de contrabando previsto obviamente en el Código Aduanero, pero que -al mismo tiempo y en simultáneo- se sostenga que se trata de una manera de llamar a las cosas, que en realidad infringió un régimen legal que denomina su infracción en igual sentido al que lo hace el Código Aduanero, y todo ello en aras del principio de legalidad.

En consecuencia, y por los fundamentos dados por ambas posturas que formaron la mayoría del tribunal, fue revocado el fallo de la Cámara de Comodoro Rivadavia, disponiéndose que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas dadas por la Corte, que claramente, al menos en este aspecto, entendió configurado el delito de contrabando.

Ésta no fue la única oportunidad que tuvo el Poder Judicial para expedirse ante esta cuestión. En efecto, el caso "Vasconcello", originario de la Cámara Federal de Bahía Blanca, giró en torno de un hecho similar al caso "Maggi", no igual ya que no se trataba de mercadería que saliese desde Tierra del Fuego al continente, sino que se trataba del envío de ésta hacia la zona aduanera especial desde el territorio general, lo que significaba la posibilidad cierta de cobrar reintegros o reembolsos por la exportación en cuestión, sobre la base de precios de venta sobrefacturados, al amparo de la ley 19640. La Cámara Federal mencionada se expidió por este caso el 31/10/1997 (11), donde determinó, con otras palabras, que el tráfico de mercaderías dentro del país no podía estar sujeto a las disposiciones relativas al contrabando, que los territorios creados por la ley 19640 estaban todos dentro del mismo territorio nacional, y en consecuencia declaró la inconstitucionalidad del art. 31 de dicha ley, en tanto reprime como contrabando un hecho que no puede serlo ya que fue ejecutado enteramente dentro del país, de conformidad con el criterio sentado por los ministros de la Corte que votaron en disidencia en el caso "Maggi".

Esta Cámara interpretó también que el hecho de que intervenga la aduana en el control y verificación de la mercadería que se importa o exporta a la zona aduanera especial, no convierte en contrabando a las violaciones del tráfico de mercaderías que así se produzcan, ya que sólo sería tal si se tratase del tráfico internacional de mercaderías, y aquí dicho tráfico no se daba. La consecuencia de ello fue la imputación a los autores de la maniobra, bajo las previsiones del Código Penal, en el caso, el delito de defraudación en perjuicio de una Administración Pública, en concurso con asociación ilícita (12).

El mismo tribunal, sala 1ª, se expidió de manera similar en el caso "Argentini", el 13/11/1998, causa 55825. Este caso también fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reciente fecha, el 13/2/2001. En dicha oportunidad el representante de la procuración, Eduardo E. Casal, se remitió al anterior dictamen del caso "Vasconcello", en que solicitó la revocación del pronunciamiento de la mencionada Cámara. La Corte, para resolver, se remitió a los argumentos expuestos en el caso "Maggi", por lo que será interesante saber si la objeción manifestada antes, respecto de la manera en que el tema fue resuelto, es decir, que sólo cuatro ministros aludieron a la constitucionalidad de la ley 19640 en cuanto a la legalidad de las zonas creadas y la posibilidad de que allí se cometa el delito de contrabando, ahora se mantiene o se modificó.

Conviene recordar que en el caso "Maggi", los cuatro ministros que votaron en el sentido dicho en el párrafo anterior fueron: Barra, Cavagna Martínez, Boggiano y Moliné O'Connor. Por su parte, los dos ministros que en aquel caso votaron sin expedirse por tal cuestión constitucional, pero formando mayoría, fueron: Fayt y Petracchi.

En el caso "Argentini" se mantuvieron las disidencias de los ministros Nazareno y Belluscio, en idéntico sentido que en el precedente "Maggi", donde formaron la minoría junto al entonces ministro Levene (h). En este último caso votaron en el sentido que lo hizo la Cámara a quo, confirmando su fallo, alertando en el consid. 10 que de lo contrario se estaría forzando una interpretación de la ley 19640, contraria a la Constitución.

Con respecto a la mayoría que votó en el caso "Argentini", se observa que el ministro Bossert adhirió a la misma postura que los ministros Fayt y Petracchi tuvieron en el caso "Maggi" y ahora reeditan, esto es, no analizar la cuestión constitucional sobre la creación de territorios aduaneros distintos del político en la ley 19640, sólo el tema atinente a la imposición de impuestos internos al consumo, su legitimidad constitucional y las facultades legales de la aduana para controlar ello. Con este fundamento, sin embargo, confirmaron la calificación legal del hecho como contrabando, por aquello de que sólo se lo denomina así, aunque en realidad no sea un verdadero contrabando.

Los ministros que en "Argentini", por la mayoría, se remiten a su voto en "Maggi", donde proclamaron la constitucionalidad de la ley 19640, y con ello la vigencia del concepto de territorio aduanero distinto del territorio político, aun dentro del mismo país, y la posibilidad de que entre ellos se cometa el delito de contrabando, fueron: Boggiano y Moliné O'Connor, acompañados por los ministros López y Vázquez. Este último por su voto, oportunidad en la cual, en otros términos y sintéticamente, claramente distinguió las zonas creadas por la ley 19640 y el control aduanero sobre el tráfico de mercaderías que desde ellas o hacia ellas se

produce, sin que ello hubiese significado la creación de aduanas interiores o restricción alguna al fluir de productos por todo el territorio nacional, como lo prohíbe la Constitución Nacional. Además de que la creación de zonas de fomento industrial o comercial en aquellos lugares que geográficamente no fueron naturalmente beneficiados, responde a un claro mandato constitucional en orden a la llamada cláusula de progreso, que resulta ser aquella que mandata al Poder Legislativo a buscar el bienestar general (art. 75 incs. 18 y 19 CN. [LA 1995-A-26]). Esto obviamente avala la distinción territorial que se viene sosteniendo y la comisión del delito de contrabando, aunque las fronteras internacionales no se hubiesen atravesado.

En consecuencia, y como podrá advertirse, puede afirmarse que el alto tribunal, último interprete de la Constitución, aún no cuenta con una decisión mayoritaria en orden a responder la siguiente pregunta: ¿la ley 19640 creó aduanas interiores en contra de la prohibición constitucional?, y, más específico al tema del presente título: ¿pueden coexistir distintos territorios aduaneros dentro de un mismo territorio político? La respuesta a estos dos interrogantes no ha sido definitivamente resuelta (13), por lo menos de una manera directa, al modo en que la doctrina citada lo señala y el propio codificador aduanero lo sostuvo: que debe diferenciarse territorio aduanero y político.

Quizás se trate de un tema de lingüística, donde la semántica esté perturbando el razonamiento, ya que debe resultar contradictorio sostener que no hay aduanas interiores y -al mismo tiempo y en simultáneo- admitir la existencia real y concreta de distintas aduanas en el interior del país, y, más aún, que para sacar mercadería de una provincia (Tierra del Fuego) hacia otra (Santa Cruz, por ejemplo), se deban abonar derechos y someterse al previo control aduanero, pero que ello no significa restringir el tráfico de mercaderías interprovincial.

Evidentemente se trata de una cuestión donde parece -y sólo parece- haber una contradicción entre la ley 19640, y aun el Código Aduanero y la Constitución Nacional. Esto significa la necesidad de utilizar criterios de interpretación válidos, que tiendan a la aplicación sistemática y armónica de todas las normas en juego, sin desmerecer la jerarquía de ninguna, tal como reiteradamente lo ha sostenido la propia Corte Suprema, reivindicando la idea de interpretación teleológica propuesta por Silva Sánchez (14), en donde el tenor literal sólo indica un punto de partida y se acepta que toda norma jurídica tiene un "telos", un fin, que no está expresado por la ley, que se puede encontrar y que, descubierto, puede construirse una "razonabilidad teleológica" para la consecución del fin de la norma. Si bien estos conceptos fueron expresados con miras a la interpretación de tipos penales, ello no impediría su utilización si se trata de interpretar normas constitucionales, en el caso, el alcance de estas consignas: no a las aduanas interiores y fluidez del tráfico mercantil entre las provincias (15).

Seguramente la creación de regímenes especiales no implique la creación de aduanas interiores y la posibilidad de distintos territorios aduaneros, con sistemas arancelarios y prohibiciones de índole económica diferenciados, que puedan formar parte de un mismo territorio nacional, en donde el delito de contrabando sea penado aunque no se trate de tráfico internacional de mercaderías entre distintos países. Por ahora, y puntualmente, el máximo tribunal no se expidió. Un motivo más para advertir la fuerte impronta que los elementos normativos ejercen sobre el tipo objetivo del delito de contrabando y, como consecuencia, el campo propicio para que el error de prohibición se manifieste.

Finalmente es dable señalar que los problemas de delimitación territorial no sólo se relacionan con cuestiones terrestres, es decir, de fronteras internas o externas con otros países, para admitir la posibilidad de comisión del delito de contrabando; también los límites acuáticos han traído dificultades de interpretación al momento de establecer la aplicación del Código Aduanero o la ley de pesca (16), esto es, hasta qué límite la extracción de peces para su comercialización en el extranjero resulta exportación y, por tal, la necesidad de la previa o posterior intervención aduanera, atento a lo dispuesto por el art. 585 del Código, o bien resulta de aplicación la Ley Nacional de Pesca 17500, que prevé penas de multa y decomiso para sus infracciones frente a las privativas de prisión del contrabando. Como se advierte, y esto sólo fue aquí mencionado, el tema también merece una necesaria interpretación.

III. MERCADERÍA

El concepto de mercadería es de suma importancia a los fines del delito de contrabando, ya que permite distinguir el objeto sobre el que puede recaer la conducta delictiva, a pesar de que no es necesaria su presencia física a los fines del delito, ya que la modalidad de contrabando documentado, por ejemplo, no requiere para su configuración que la mercadería sea puesta a la vista del servicio aduanero, o el caso previsto por el inc. c del art. 864, donde la conducta punible queda consumada con la sola presentación dolosa de la documentación irregular. No obstante ello, es preciso hacer referencia a aquello a lo que se refiere el control aduanero, es decir, establecer qué es lo que se importa o exporta, respecto de lo cual debe ejercerse dicho control.

Y aquí el Código nos da una definición concreta, art. 10: "Todo objeto que fuere susceptible de ser

importado o exportado", con lo que aparentemente estaría remitiéndose a elementos corpóreos o materiales que puedan tocarse, asirse, toda vez que objeto es sinónimo de cosa, sustancia o cuerpo. Esto podría significar que sólo pueden importarse o exportarse las cosas, en los términos del art. 2311 CCiv. Sin embargo, existe la posibilidad de exportar gas o electricidad, a juzgar por la existencia de aranceles que gravan la importación de esos bienes (17), con lo que el concepto civilista de cosas queda estrecho. Asimismo, el concepto debe ser integrado con lo establecido en el art. 11 CA., en la medida en que la mercadería debe ser clasificada e individualizada, conforme al nomenclador, en la posición arancelaria correspondiente, atendiendo actualmente a las pautas del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de designación de codificación y designación de mercaderías, de Bruselas del año 1983, al que adhirió nuestro país por ley 24206 .

Esto último fue justamente interpretado en un fallo de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal, del que puede extraerse la siguiente doctrina (18): si no resulta posible subsumir la mercadería en una posición arancelaria determinada, ello impide considerar al objeto como mercadería y, en consecuencia, no habrá contrabando.

Ahora bien, de lo dicho se desprende que el concepto de mercadería, a los fines del delito de contrabando, debe contener dos requisitos: el primero es que se trate de objetos materiales o inmateriales (19); en segundo lugar, que estén incluidos en el nomenclador arancelario. Ambos requisitos deben darse simultáneamente al momento del inicio de la conducta delictiva.

Sin perjuicio de ello, existiría un tercer requisito respecto de la mercadería que en las condiciones referidas se pretenda importar o exportar: que dicha mercadería esté o deba estar sujeta al control aduanero.

En efecto, la jurisprudencia registra un caso en el que se cuestionaba a una empresa, prestadora del servicio de televisión por cable, que transmitía a sus abonados películas recepcionadas desde el extranjero vía satelital (20). El fallo en cuestión deja de lado el análisis de si tales emisiones constituyen mercadería, para advertir que el hecho no podría constituir el delito de contrabando, por cuanto la declaración de la autoridad aduanera en el sentido de que no debía controlar tales imágenes, impedía toda imputación al respecto, toda vez que no puede burlarse una función que no se ejerce (21). Más aún, el tribunal va más lejos, ya que admite la posibilidad de que el funcionario aduanero se hubiera equivocado en su apreciación.

Lo relevante es, pues, que no estaba previsto o no estaba implementado un control aduanero a tales transmisiones vía satelital, independientemente de que ello estuviera o no fundamentado.

Esta afirmación implica aceptar que la función de control aduanero no está ejercida por un ente abstracto, sino por personas, funcionarios públicos, que la representan. Pero también, y al mismo tiempo, que tal funcionario puede equivocarse y, en consecuencia, apreciar erróneamente que no debe controlar, extremo éste que permite los siguientes interrogantes: ¿es aceptable que el órgano jurisdiccional acepte sin más que un caso determinado no debía controlarse por la aduana?, en otros términos, ¿resulta revisable la decisión de la aduana en tal sentido?; por otra parte, ¿puede quedar en cabeza de un funcionario público la vigencia y conformación del bien jurídico tutelado?

Las respuestas a estos interrogantes seguramente merecerían un tratamiento más profundo que el que aquí podría darse, sin perjuicio de lo cual sólo se darán someramente y en los límites necesarios para dar una interpretación distinta de la dada por el tribunal en cuestión, y en sintonía con el comentario al fallo por parte del Dr. Vidal Albarracín.

No obstante, cabe extraer que si el servicio aduanero no ha implementado un control para el tráfico internacional de una mercadería, su ingreso o egreso no puede configurar contrabando.

En cuanto a las facultades del juzgador judicial para revisar o analizar el alcance del retiro, por parte del servicio aduanero, de las facultades de contralor, cabe la posibilidad de aceptar que ello bien podría efectuarse, en la medida en que se advierta una ilegalidad o incumplimiento funcional por parte del funcionario en cuestión. En este sentido no debe olvidarse que, como cualquier funcionario público, éste sólo puede hacer, en nombre y representación de la Administración, aquello que expresamente le está permitido, obviamente en el marco de discrecionalidad propia de cada función. En consecuencia, de advertirse que se omitió controlar sin razón para ello, el funcionario público podría responder, en principio, por el delito de incumplimiento de los deberes de la función (art. 247 CPen.) u omisión de deberes (art. 248 CPen.), supuesto -claro está- que ello no hubiese obedecido a una maniobra dolosa para contribuir al delito de contrabando, ya que entonces se daría el supuesto de contrabando agravado. Asimismo, si la conducta de dicho funcionario hubiera sido negligente y ello hubiera posibilitado la comisión del delito de contrabando o su tentativa, podría responder en virtud del art. 868 CA. (22).

Ahora bien, del hecho de que el juez pueda valorar las cuestiones expuestas, no se sigue necesariamente que

el hecho se convierta en contrabando para la persona respecto de la cual el servicio aduanero resolvió no controlar. En este sentido, sería tanto como pretender imputarle a una persona el hurto de un objeto, frente al testimonio del dueño de la cosa que afirmare que se lo prestó o regaló. Si el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando resulta ser el control del tráfico de mercaderías, y dicho control surge de las leyes que le acuerdan esa función a la aduana, y ésta considera, en ejercicio legítimo de dichas funciones, que no debe intervenir, aunado al hecho de que el tipo penal del delito debe guardar simetría con el bien que se pretende proteger, conforme al conocido precedente "Legumbres" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entonces parece poco factible que la conducta del sujeto, no controlada por el servicio aduanero, pueda ser típica. La que, a todo evento, si el sujeto creyera estar burlando el contralor aduanero inexistente, podría ser considerada como un delito putativo.

Esto no significa que el bien jurídico tutelado esté en manos de la decisión de un funcionario aduanero, ya que su actividad deberá estar fundada en las leyes y reglamentos que regulan su ejercicio, de las que se construye justamente el mentado bien jurídico.

Finalmente, cabe la siguiente reflexión: el fallo de la sala B de la Cámara Nacional Penal Económico bien pudo prescindir de sostener la atipicidad de la conducta investigada, en orden a que un funcionario testimonió que no se debía controlar la actividad televisiva en cuestión. Antes bien, para evitar la problemática de afirmar que esa sola declaración desvaloraba el hecho como contrabando, sin desarrollar ni precisar cómo se articulaba ello con el bien jurídico tutelado, pudo echar mano del argumento según el cual el concepto de mercadería que campeaba sobre el objeto en cuestión (señal satelital), si bien estaba incorporado al art. 10 CA., en tanto prestación de servicio, no lo estaba en el nomenclador arancelario, por lo que no era mercadería que pudiera importarse, independientemente de las facultades estatales para percibir por dicha actividad el impuesto pertinente. El testimonio del funcionario aduanero bien pudo referirse a ello, al hecho de que no correspondía controlar algo que no era constitutivo de una mercadería, y así no habría equívoco alguno en la afirmación del funcionario, ya que ello era objetivamente comprobable. Los términos del fallo dan lugar a los interrogantes planteados, que no serían imaginables frente a esta última forma de ver la cuestión (23).

IV. IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

Estos dos conceptos aluden claramente a dos modalidades que el propio Código se encarga de definir. En efecto, importar, conforme al art. 9 CA., implica introducir mercadería a un territorio aduanero, y exportar, extraer o sacar mercadería desde algún territorio aduanero. La utilización de definiciones en un Código no resulta extraña a nuestra tradición legislativa; el propio Código Penal en el art. 77 se encarga de precisar el significado de alguno de los términos utilizados por su normativa, y ello permite evitar interpretaciones de términos que el propio legislador se encargó de definir precisamente.

Por cierto, el Código Aduanero también se encarga de definir las distintas clases de importaciones o exportaciones que pueden efectuarse, sin que su desarrollo sea de importancia para el presente trabajo.

Concretamente, entonces, los términos en cuestión, a los que se refiere el tipo objetivo del delito de contrabando, no ofrecen mayores reparos en orden a su conceptualización, sin perjuicio de lo cual, y resultando elementos normativos del tipo, su ubicación bajo la teoría de la culpabilidad o la teoría del dolo puede ofrecer variantes de importancia. La primera, actualmente aceptada por la mayoría de la doctrina, es aquella en donde el conocimiento de la antijuridicidad no es elemento del dolo sino que forma parte de la culpabilidad, y la segunda sostiene que dicho conocimiento sí forma parte del dolo y un error allí equivale a un error de tipo.

El tipo objetivo está conformado por elementos descriptivos y normativos; diferenciar ambos no resulta tarea sencilla y, en su caso, debe tenerse en cuenta que dicha labor tendrá efectos en las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad (24). Así, Zaffaroni, en la obra citada al pie, nos da la siguiente pauta diferenciadora (25):

"Se tratará de elementos normativos del tipo (y no de antijuridicidad), cuando sirvan para individualizar conductas, mas no cuando impliquen un desvalor definitivo. Se tratará de los mismos elementos (y no de elementos descriptivos) cuando para su comprensión remitan a una valoración jurídica o cultural".

El autor citado, en su nueva obra (26), distingue entre elementos necesarios y eventuales que integran el tipo objetivo; entre estos últimos incluye a los elementos normativos, caracterizando éstos como aquellos que, en general, "sirven para distinguir conductas o pragmas", siendo elementos que hacen a la antijuridicidad cuando "implican un valor definitivo de las acciones", precisando bajo la denominación "elementos normativos de recorte" a aquellas acciones que se emprenden contra la expresa voluntad del sujeto pasivo. Por su parte, Maurach define a los elementos normativos (27) "cuando se remite al interprete ('el juez') a normas o padrones valorativos extrañas al tipo". En similares términos se expresa Roxin (28), en tanto sostiene que, generalmente, se entiende por elementos normativos los que remiten a algún tipo de valoración, ya sea ésta jurídica o cultural,

sin perder de vista que en puridad los objetos que denotan ambas categorías se encuentran entremezclados, por lo que adopta como distinción plausible la efectuada por Engisch, conforme a la cual serán normativos aquellos elementos "que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma".

Como corolario de lo expuesto, cabe la posibilidad de aceptar que los términos importación-exportación resultan elementos normativos; su significado surge de una definición dada por la ley, de una valoración jurídica que no desmerece o desvalora a la conducta sino que permite construir el marco en el que ella debe desenvolverse, tal como sucede con los conceptos de documento, funcionario público, moneda de curso legal, ajeno o mercadería, que se tratarán seguidamente.

Uno de los puntos problemáticos de estos elementos normativos, que sólo será aquí planteado, se vincula al tema del error sobre ellos, que, en el ámbito del derecho penal económico del que participa el delito de contrabando, tiene particular relevancia, en cuanto a las consecuencias que un deficiente conocimiento por parte del autor puede traer aparejadas. Así, el error que recaiga sobre ellos podrá ser tratado como error de tipo, que excluye el dolo y obviamente no permite la aplicación de pena, salvo que hubiere un tipo culposo que recepte la conducta. Si, en cambio, se lo trata como error de prohibición, dejaría intacto el dolo y excluiría la culpabilidad y la pena, si fuera insalvable o no imputable. Para adoptar una de estas dos posibilidades, habrá que establecer previamente si los elementos normativos forman parte del tipo o de la antijuridicidad. En este último sentido, hay autores que se inclinan por el esquema antijuridicidad-error de prohibición, sobre todo cuando los elementos normativos conforman en sí toda la antijuridicidad (29), caracterizando no sólo el hecho típico sino también la contrariedad con el ordenamiento jurídico (30).

La consecuencia de ello es bien clara: si el error sobre los elementos normativos debe ser tratado como error de prohibición, quedará intacto el dolo de la conducta, y el hecho será merecedor de pena con una menor culpabilidad ante lo vencible o salvable de la situación, o bien no será culpable si el error fue vencible. Por ello, si quien no declara ante el servicio aduanero una determinada mercadería por entender que no se trata de importación o exportación alguna, por ejemplo, si interpretó que la mercadería en tránsito no debía ser nuevamente sometida a control porque ya ingresó a un territorio aduanero, podría ser sometido a las consecuencias del error de prohibición (31).

NOTAS:

(1) El art. 861 CA. (LA 1981-A-82) establece: "Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal".

(2) Conf. Ferro, "Código Aduanero", 1982, Ed. Depalma, p. 67.

(3) Art. 2 CA.

(4) Conf. Alsina, Mario-Barreira, Enrique-Basaldúa, Ricardo-Cotter Moine, Juan y Vidal Albarracín, Héctor G., "Código Aduanero. Comentarios. Antecedentes. Concordancias", 1984, Ed. Abeledo-Perrot, p. 108.

(5) Arts. 12, 13, 30 y 32 ley 19640 (ADLA XXXII-B-2007).

(6) Conf. Gómez, Antonio G., "Áreas aduaneras especiales, zonas francas y su constitucionalidad", LL 1994-C-126. Donde comenta el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y hace referencia al de la Cámara Federal de Apelaciones que se está citando.

(7) Voto de los Dres. Rodolfo C. Barra, Cavagna Martínez, Antonio Boggiano y Eduardo Moliné O'Connor.

(8) Voto de los Dres. Carlos Fayt y Enrique Petracchi.

(9) Fallo publicado en LL 1994-C-136. Ver consid. 9, donde cita los fallos del alto tribunal relacionados.

(10) Voto de los Dres. Augusto C. Belluscio, Ricardo Levene (h) y Julio S. Nazareno.

(11) Al respecto, el comentario de María F. Arzuaga y Álvaro S. Coleffi, en "¿Puede existir tráfico que importe contrabando entre distintos territorios aduaneros dentro de los límites del territorio nacional?", Revista "La Ley - Actualidad", del 25/10/2001, p. 3. De donde se toman las referencias del caso "Vasconcello".

(12) Íd., p. 4. El texto no especifica a qué tipo de concurso se refiere la calificación legal; debería ser real, en atención a los distintos momentos consumativos de los delitos individualizados, ya que la asociación ilícita es un delito de peligro y la defraudación de resultado. Todo ello sin perjuicio de advertir la distinción que el tipo objetivo del art. 210 CPen. tiene, respecto de la indeterminación de delitos como objetivo de la asociación, que no es lo mismo que la concertación previa de varios sujetos para la comisión de uno o varios delitos.

(13) No obstante que se denomine "exportación" a los envíos de mercadería a Tierra del Fuego, no sólo en el fuero penal, también en el contencioso administrativo federal. Ver en tal sentido el precedente de la Corte Suprema in re "Sedamil SAIC. v. Estado Nacional A.N.A. (JA 1999-III, síntesis) s/aduana" (S.782 XXVIII) del 12/11/1996, donde se discutía si dicha exportación estaba exenta del pago de la tasa de estadística ley 23664 (LA 1989-B-1110).

(14) Al respecto en su disertación sobre "Interpretación del Derecho Penal" del 4/10/2001, en el ámbito de la Universidad Austral y, sobre el mismo tema, el 9/10/2001, en la Universidad Nacional de Mar del Plata.

(15) Gómez, Antonio G., en "Áreas aduaneras especiales, zonas francas y su constitucionalidad" cit., p. 127, hizo referencia a la idea de mutación constitucional de Néstor P. Sagüés, que resultaría compatible con una interpretación teleológica que mire a los fines de la ley, no del legislador, con lo que una visión dinámica resulta conjugable con esa idea de mutación.

(16) Conf. Armas Pfirter, Frida M., en "La jurisdicción argentina sobre los espacios marítimos y el Código Aduanero", LL 1990-D-935, donde efectúa una clara exposición de la problemática interpretativa entre las disposiciones del Código y la legislación vinculada.

(17) Conf. Tosi, Jorge L., "Derecho Aduanero", 1996, Ed. Ciudad Argentina, p. 41.

(18) Autos "Salazar, Florentino s/recurso de casación", del 18/10/1994.

(19) Que se trate de objetos inmateriales es una cuestión que quedó definitivamente zanjada con la ley 25063 (LA 1999-A-3), que amplió el concepto de mercadería dado por el art. 10 CA.: "Las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excepto que tales servicios nos se suministren en condiciones comerciales ni en competencia con otros proveedores".

(20) C. Nac. Penal Económico, sala B, 1999/9/3 "Cablevisión", LL 2000-C-248.

(21) La nota a este fallo de Vidal Albarracín es sumamente ilustrativa en relación con una temática no abordada por el tribunal. Esto es que, de todas formas, el hecho no constituiría contrabando, en tanto los servicios de este tipo, incorporados al concepto del art. 10 CA., no fueron incluidos en la nomenclatura como hecho gravado de tributos aduaneros. Íd., p. 250.

(22) Esta forma de legislar, en la que se castiga un hacer culposo que da ocasión a la comisión de un delito doloso, también se advierte en el Código Penal, por ejemplo, en la mal llamada malversación culposa o en el delito de evasión mediando un obrar culposo del funcionario encargado de la custodia. En el marco de la imputación objetiva, esto podría plantear problemas en la denominada prohibición de regreso, ya que aquí habría un hecho culposo que cortarían el nexo de causalidad.

(23) Conf. Vidal Albarracín, "El Alcance del Concepto de Mercadería a los Fines del Delito de Contrabando", LL 2000-C-247.

(24) Conf. Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal - Parte General", t. III, 1981, Ed. Ediar, p. 285, párr. 2°.

(25) Íd., p. 287.

(26) Conf. Zaffaroni-Alagia y Slokar, "Derecho Penal - Parte General", 2000, Ed. Ediar, p. 438.

(27) Conf. Maurach y Zipf, "Derecho Penal Parte General", t. I, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 1994, Ed. Astrea, p. 365.

(28) Conf. Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General", t. I, traducción de la 2ª edición alemana por Diego M. Luzón Peña; Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1997, Madrid, reimpresión 2000, Ed. Civitas, ps. 305/306.

(29) Conf. Maiwald, Manfred, "Conocimiento del ilícito y Dolo en el Derecho Penal Tributario", traducción de Marcelo A. Sancinetti, julio de 1997, Ed. Ad-Hoc, p. 37 y ss.

(30) Conf. Welzel, íd., p. 50 y nota 63.

(31) Esto fue tratado por Welzel en un trabajo donde analizó el elemento "evadir tributos", en el marco de su

postura en favor del error de tipo y no de prohibición, en tanto el significado de evadir tributos en realidad significa burlar la pretensión tributaria dirigida contra el sujeto, siendo una "circunstancia de hecho". "El autor tiene que conocer la pretensión tributaria concretamente existente, y tendrá que querer evadirla... frente a las autoridades aduaneras. Pero quien no conozca la pretensión tributaria concreta, se encontrará en error de tipo que excluye su dolo de tipo". Íd., p. 34. En una línea distinta, un Tribunal Superior de Provincia, de Alemania, en 1970 se expidió frente al supuesto de un importador que supuso que la mercadería que importaba no estaba abarcada por un número de la tarifa aduanera alemana, y por tanto exenta de su introducción bajo una licencia especial; cuando el caso era que sí era exigible tal licencia. Sostuvo que: "El error acerca de ello no se refiere a una circunstancia de hecho perteneciente al tipo legal, por tanto, es error de prohibición" (ver íd., p. 21). La idea que anida aquí es que, tratándose de situaciones donde el sujeto cree estar autorizado a determinada conducta, es decir, cuando yerra sobre la existencia de una norma permisiva, incurre en error de prohibición.