

ALGUNOS PROBLEMAS EN TORNO A LA TENTATIVA DE CONTRABANDO

CECILIA HOPP *

Resumen: El presente ensayo intenta proponer una interpretación de las disposiciones referidas a la tentativa de contrabando que permitan aplicar la ley en forma razonable. El principio de culpabilidad está en el centro de los problemas abordados y es el que determina la decisión aquí tomada a favor de una teoría subjetivista del ilícito, de la que derivan las propuestas de este trabajo.

Abstract: This work is intended to propose an interpretation of the provisions referred to attempted smuggling so as to apply the law in a reasonable way. The principle of liability is primarily connected with the problems under consideration and determines the stance herein adopted in favor of a subjective theory of illegal acts, from which the proposals herein stated are derived.

Palabras clave: Tentativa - Contrabando - Principio de culpabilidad - Comienzo de ejecución

Keywords: Attempt - Smuggling - Principle of liability - Partial commission of a crime

I. OBJETIVO DEL TRABAJO

En la presente monografía pretendo analizar la aplicación de las disposiciones del Código Aduanero referentes a la tentativa de contrabando y proponer interpretaciones razonables para su aplicación e interacción con el sistema de la tentativa en el Código Penal.

Prestaré especial atención a los principios constitucionales del Derecho penal material, que guiarán las soluciones propuestas en este trabajo.

* Estudiante de Abogacía (UBA).

II. PLANTEOS PRELIMINARES, A MODO DE INTRODUCCIÓN

La persecución y la penalización del delito de contrabando presentan una serie de dificultades particulares que motivaron una especial preocupación por parte del legislador en lograr un grado razonable de efectividad de la persecución, de modo tal que la existencia de los tipos penales referidos al contrabando no sea una mera declaración de principios o de reprobación abstracta de ciertas conductas.

Esta preocupación resulta particularmente acertada, teniendo en cuenta la importancia del correcto funcionamiento del control aduanero y la dificultad que presenta realizar ese control hoy en día, debido a los sofisticados métodos engañosos o clandestinos que se utilizan para burlar ese control.

No se debe olvidar que la finalidad del control aduanero no tiene que ver exclusivamente con el adecuado cumplimiento de las obligaciones fiscales de los importadores y exportadores de mercaderías¹, sino que también se controla en la aduana el respeto por las prohibiciones absolutas de importar o exportar mercaderías. Esas prohibiciones están siempre relacionadas con la protección de bienes jurídicos colectivos² o supraindividuales³ de la sociedad, cuya importancia suele ser fundamental.

En efecto, y a modo de ejemplo, la aduana debe controlar que no se importen ni exporten estupefacientes; esta prohibición tiene como fundamento la protección de la salud pública. Otras muchas prohibiciones directas se relacionan con la protección del orden público económico, como lo es la prohibición de salir del país con una suma de dinero mayor a la determinada en la ley⁴, que tiene la finalidad de evitar la fuga de capitales.

El Código Aduanero tipifica el delito de contrabando e instituye un régimen especial dentro del Derecho Penal material. El mismo Código es-

¹ En este sentido existe abundante jurisprudencia. Se define el bien jurídico protegido por los tipos penales del Código Aduanero, por ejemplo, en Corte Sup., 19/10/1989, "Legumbres S.A. y otros", Fallos 312:1920; id., 9/12/1993, "Maggi, Esteban F.", Fallos 316:2797; id., 9/11/2000, "Vigil, Constancio y otros", Fallos 323:3426; C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 31/8/1995, "Surfabril SRL", LL 1996-A-54 y ss.; id., sala 3ª, 25/3/1998, "Zankel, Juan A. R. y otros", LL 1998-C-836 y ss.; C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, LL 2007-B-511.

² RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 316.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 33.

⁴ Me refiero aquí a la ley en sentido material, que puede no ser la ley formal emitida por el órgano constitucionalmente competente para legislar, el Poder Legislativo.

tablece, en concordancia con el art. 4º, CPen., que se aplicará el Código Penal en todo lo que no se regule distinto en las leyes especiales, es decir que se aplica el principio general *lex especial deroga lex general*, conocido en este caso como el principio de especialidad. Este principio resulta importante en materia aduanera, pues constituye un ordenamiento jurídico extenso, con ciertas reglas, conceptos jurídicos y características particulares, de modo tal que es razonable que se puedan establecer principios específicos que resulten útiles para la efectividad del sistema.

Por otro lado, no se debe olvidar que tanto el Código Aduanero como el Código Penal son dictados por el Congreso de la Nación, el cual tiene amplios poderes dados por la Constitución Nacional para legislar sobre estas materias. El principio de especialidad, regido por el art. 861, CAD. y el art. 4º, CPen. ha sido la opción elegida por los legisladores y ambas normas tienen la misma jerarquía. Establecer ciertos principios especiales para la persecución de un delito es, por regla y respetando el principio de razonabilidad (art. 28, CN), una opción de política legislativa.

En materia de delitos aduaneros, el bien jurídico protegido es el efectivo control del servicio aduanero sobre la importación y exportación de mercaderías⁵. El legislador eligió proteger este valor mediante normas penales. Como se sabe, el Derecho Penal no protege bienes jurídicos en un sentido material, pues él por regla comienza a funcionar cuando el bien jurídico ya fue afectado⁶, es decir, a modo de ejemplo, que el Derecho Penal no protege la vida de cada persona, pues ante un homicidio el Derecho Penal entrará en acción una vez que la víctima haya muerto. Entonces, vemos que la vida de la víctima es el objeto de la acción, o de la agresión (perdido e irrecuperable), y que la vida, como un valor para la sociedad, es el bien jurídico protegido por la norma que impone no matar (art. 79, CPen.). Ésta es la razón por la cual la tentativa de cometer un delito es punible como regla general (art. 44, CPen.).

En definitiva, quien intenta cometer el delito pone en riesgo al bien jurídico, definido como un valor, ya con el intento razonablemente idóneo de destruir el objeto de bien jurídico, con la exteriorización de su decisión

⁵ Además de los fallos citados en la nota 1, ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Un paso atrás sobre el delineamiento del bien jurídico protegido en el delito de contrabando”, LL 1999-D-303 y ss. También VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios”, LL 2005-F-573 y ss.

⁶ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p.13.

de actuar contra él⁷. Según otra formulación, pero en el mismo sentido, el que intenta cometer un delito niega la norma⁸ y el valor que ella protege: el autor de un delito declarará, mediante la comisión de una acción prohibida, o la omisión de la acción mandada, que la norma no rige para él, lesionando la vigencia y la confianza de la sociedad en esa norma. El autor de un delito defrauda las expectativas normativas de la sociedad⁹.

En este sentido, la culpabilidad es la capacidad de comprender la norma y motivarse en ella y el reproche penal debe estar basado en la culpabilidad y limitado por ella¹⁰. Éste es el principio fundamental del Derecho Penal de acto y de culpabilidad, basado en la responsabilidad personal del autor: el reproche, reflejado en la pena, debe ajustarse estrictamente a la culpabilidad, y solamente se puede tener la culpa por aquello que la propia voluntad controla¹¹.

III. PLANTEO DE ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

En este marco, me interesa reflexionar acerca de la penalización de la tentativa de contrabando. Alrededor de este tema surgen varios cuestionamientos. El primero es el planteo de inconstitucionalidad de la equiparación de la pena por tentativa a la del delito consumado y la respuesta a esos argumentos. Luego me interesará observar los problemas de aplicación e interpretación que generó esta regla; en particular, intentaré definir en forma razonable cuándo hay comienzo de ejecución.

⁷ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II*, C.H. Beck, München, 2003, § 29, 1, p. 333.

⁸ JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 326.

⁹ SANCINETTI, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 40.

¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Luzón Peña Díaz, Miguel García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, cit., §19, 18-20, ps. 799-800, 46 y 47, ps. 813-814.

¹¹ Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 59-66. También ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., §19, 1-7, ps. 791-794; ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986, ps. 511-512.

IV. LOS ARGUMENTOS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Repetidas veces se planteó ante los estrados judiciales la inconstitucionalidad de la equiparación punitiva de la tentativa de contrabando a la del delito consumado¹². Los jueces, acertadamente, han rechazado el planteo.

En este contexto, habrá que hacer algunas consideraciones acerca de la práctica jurisprudencial del control de constitucionalidad. Las leyes son dictadas por el órgano más representativo de la voluntad del pueblo, el Poder Legislativo, que es además el órgano instituido con ese fin por la Constitución¹³. La elección popular directa de los legisladores les da amplios poderes para establecer las políticas legislativas y tienen un amplio margen para elegir entre varias opciones de regulación de los derechos, siempre y cuando esas opciones legislativas no sean contrarias a la Constitución, que es la ley superior y está por encima de los tres poderes constituidos¹⁴.

Frente a esto, los jueces gozan de una legitimación democrática indirecta y es por ello que están atados a las leyes¹⁵ y no tienen discrecionalidad para aplicarlas o dejar de hacerlo, según les parezca mejor. La única posibilidad que tienen de no aplicar una ley dictada por el Congreso es cuando esa norma es contraria a la Constitución, no porque el Poder Judicial esté sobre el Poder Legislativo, pudiendo por eso anular sus decisiones, sino porque anulando un acto de otro poder que se excedió en sus funciones, ejerce un razonable control de él y pone por encima de ambos a la Constitución¹⁶.

¹² C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956; C. Nac. Penal Económico, sala B, 5/4/1999, “Suit”, LL 2000-C-447; íd., íd., 22/4/2008, “Cetti”, LL Online; íd., íd., 17/2/2005, “Gil Padilla, Samuel E.”, LL 2005-E-79.

¹³ En este sentido, Balbín sostiene que existe un ámbito de reserva del Poder Legislativo. Cfr. BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 55-61.

¹⁴ Cfr. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, LXXVIII, FCE, México DF, 2000, p. 331. Esta argumentación fue tomada, además, por el juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Marbury v. Madison”.

¹⁵ Esto es así según la concepción tradicional y más difundida de la función judicial. Sin embargo, a partir de la lectura de cualquier sentencia se puede advertir que la “vía de escape” de la aplicación estricta de las leyes es la interpretación, que permite atribuir a un mismo texto distintos significados, dando al juez, en verdad, un amplio margen de discrecionalidad. Cfr. GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 234/247.

¹⁶ HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, cit., nota 14.

Teniendo en cuenta que la legitimación democrática de los jueces es indirecta y, por ello, menos intensa que la de los demás poderes constituidos¹⁷, ellos deberían interpretar las leyes de modo tal que sean compatibles con la Constitución, si ello es posible. La declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio*¹⁸, debido a que es un acto de suma gravedad institucional anular el acto de otro poder constituido, especialmente si se trata del órgano más representativo de la República.

1. El principio de igualdad

A favor de la inconstitucionalidad se sostiene que la penalización equivalente de la tentativa y del hecho consumado de contrabando afecta al principio de igualdad (art. 16, CN), puesto que quien comete una tentativa de un delito del Código Penal estará en mejor situación que el que cometa tentativa de contrabando. Sin embargo, la jurisprudencia ha contestado a este argumento sosteniendo que tal derecho no se ve afectado, puesto que el derecho a la igualdad opera en situaciones iguales o equivalentes, y que la concepción de la igualdad es dinámica y permite estas regulaciones diferenciadas¹⁹.

Se sostuvo además que es razonable la equiparación, pues la alarma social provocada por la tentativa de contrabando es mayor que en otros delitos²⁰.

En este sentido, las especiales características del delito de contrabando, que hacen difícil distinguir cuál es el momento exacto de la consumación, por no ser un delito de resultado, hacen permisible un régimen diferencial respecto de los demás delitos que no presentan estas dificultades. Se agrega que justamente por esta dificultad de establecer el momento de consumación, se deriva también la dificultad de probar cuál es ese momento.

¹⁷ Cfr., entre otros, NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997. En este sentido, piénsese, por ejemplo, en el juez de la Corte Suprema Fayt; él fue elegido juez de ese tribunal hace más de veinte años, el presidente que lo seleccionó ya no lo es más y probablemente tampoco estén en el Senado la enorme mayoría de quienes aprobaron su nominación. El pueblo eligió repetidas veces otros representantes desde entonces, pero Fayt podrá ser juez hasta que muera, se jubile o lo destituyan por mal desempeño en su cargo. Por ello es difícil sostener que él sea un representante del pueblo, pues muchos de los que ahora votamos, no votábamos en ese entonces, incluso muchos electores ni siquiera habían nacido en la época en que fue elegido por los poderes políticos de la Nación.

¹⁸ En este sentido fallo de la C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, "Steiger", LL 2002-D-956, voto de la jueza Berraz de Vidal, consid. I.

¹⁹ C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, "Steiger", cit. voto de la jueza Berraz de Vidal.

²⁰ C. Nac. Penal Económico, sala B, 17/2/2005, "Gil Padilla", LL 2005-E-79.

2. La proporcionalidad

Se ha planteado que es contrario al principio de proporcionalidad penalizar de la misma forma la tentativa que el contrabando consumado. Esto es, que no es proporcional a la gravedad del injusto penar de igual forma un hecho tentado que uno consumado. Este principio es importante en todo el ámbito sancionatorio. No cabe olvidar que en materia de penas, ellas deben estar ajustadas, *proporcionadas*, a la culpabilidad y a la gravedad del injusto²¹ —un hurto no podría lícitamente tener más pena que un homicidio—. Se verá que este argumento a favor de la inconstitucionalidad del art. 872, CAd., tampoco puede ser aceptado, al menos desde nuestro punto de vista, puesto que el injusto de un acto tentado (tentativa acabada) es el mismo que el de un hecho consumado, a la vez que la tentativa acabada de contrabando no demuestra una menor culpabilidad que un hecho de contrabando consumado.

3. Argumentos dados a favor de la constitucionalidad del art. 872

3.1. La posibilidad de graduar la pena

Antes de entrar a considerar si la pena impuesta para la tentativa de contrabando en el art. 872, CAd., es ajustada a la culpabilidad, es importante mencionar que en cualquier caso los jueces pueden apreciar, según las circunstancias, la gravedad del injusto cometido, graduando la pena al momento de su determinación, dentro de los amplios marcos penales que contienen los tipos penales del Código Aduanero²².

3.2. Es difícil distinguir entre tentativa y consumación

Se fundó en algunos fallos la constitucionalidad de la equiparación punitiva de tentativa y consumación de contrabando en que es difícil diferenciar la consumación de la tentativa. Esto se relaciona también con que el “peligro” para el bien jurídico es igual en la tentativa que en el hecho consumado. Se argumentó también a favor de la disposición del art. 872, CAd., porque la mayoría de los hechos descubiertos de contrabando son tentativas, dado que una vez consumados los contrabandos son difíciles de

²¹ Cfr. ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, ps. 36-40; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998-A-20.

²² C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956, voto de la jueza Berraz de Vidal; en el mismo sentido, C. Nac. Penal Económico, sala B, 17/2/2005, “Gil Padilla”, LL 2005-E-79.

investigar. Esto provocaría la ineficacia de la persecución e iría en contra de los fines para los que la tipificación del contrabando fue prevista²³.

3.3. *Es una opción de política criminal*²⁴

Por otro lado, hay que mencionar el argumento más importante para rechazar los planteos de inconstitucionalidad: la equiparación punitiva es una opción de política criminal²⁵.

En la práctica es claro que una regulación distinta provocaría la ineffectividad del sistema de protección penal del control aduanero, puesto que la enorme mayoría de los hechos de contrabando que son detectados por las autoridades aduaneras se descubren antes de que se vulnere efectivamente el control, esto es, antes de la consumación del delito. Sucede que una vez que se logró pasar por el Servicio Aduanero sin que la importación o exportación irregular sea descubierta, resulta muy difícil y poco probable que se advierta la operación en un momento posterior, salvo en los casos de contrabando documentado²⁶. Una vez que las mercaderías fueron traspasadas de un territorio aduanero a otro, lo que suele descubrirse en forma idónea para lograr una condena en un juicio penal es el encubrimiento de contrabando por parte de quienes adquieren las mercaderías entradas al país en forma ilegal. De modo tal que si la enorme mayoría de los casos que se logra juzgar son tentativas y ellas fueran desvaloradas en forma menos intensa que los hechos consumados, el sistema de persecución aparecería como insuficiente e ineficaz.

De todas maneras, resulta evidente que el argumento de la política criminal no es suficiente, puesto que si la regulación fuera irrazonable o incompatible con un principio constitucional, no sería admisible la aplicación de tal norma. De modo tal que habrá que seguir analizando los argumentos que postulan la inconstitucionalidad del art. 872, CAd.

²³ C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-965, voto de la jueza Berraz de Vidal, consid. II.

²⁴ Cfr., por ejemplo, C. Nac. Penal Económico, sala B, 22/4/2008, “Cetti”; íd., íd., 17/12/2005, “Gil Padilla”; íd., íd., 5/4/1999, “Suit”. En estos casos se sostiene que el contrabando y su tentativa provocan gran alarma social.

²⁵ Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2004, p. 270.

²⁶ Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, cit.

4. Más a favor de la inconstitucionalidad: la razonabilidad y la culpabilidad

Se podría plantear también la irrazonabilidad de los medios para lograr la finalidad de política criminal del legislador de dar efectividad a la persecución del contrabando, pues afecta sustancialmente el principio de culpabilidad y lo desnaturaliza. La razonabilidad de las normas está impuesta por el art. 28, CN, que impone al legislador el límite de que la reglamentación de los principios, las garantías y los derechos sea razonable, que no destruya la esencia misma del derecho. En el caso se plantea que el principio presuntamente desnaturalizado es el de culpabilidad, pues se sostiene que normalmente es un hecho más grave el que es consumado que el que queda como meramente tentado. Esto aparece como cierto en el Código Penal, que pena más severamente la consumación que la tentativa y cubre de sospechas a la norma del Código Aduanero.

Sin embargo, si se vuelve sobre el concepto de culpabilidad, se ve que no hay afectación alguna a este principio y, si se mira bien, se verá que en verdad el art. 872 es más ajustado al principio de culpabilidad que el art. 44, CPen.²⁷

En efecto, una persona solamente puede tener la culpa por aquello que su voluntad controla. Es por eso que los que no son capaces de comprender el hecho que están cometiendo, o quienes no pueden comprender la ilicitud de éste, carecen de culpabilidad por él. Lo mismo sucede con quien no puede internalizar el juicio de reproche que implica la norma prohibitiva, o quienes no conocen la norma y ese conocimiento no es exigible. Otros casos de inculpabilidad son aquellos en los que el autor comprende el hecho y la ilicitud, pero no puede controlar su conducta debido a una enfermedad psíquica. Existen, además, las causas de inculpabilidad, como el estado de necesidad disculpante. Si estas circunstancias no concurren, entonces se entiende que el sujeto es capaz de motivarse en la norma y que si la infringe actúa culpablemente. Lo central, entonces, es el control de la propia voluntad, haberse decidido a actuar en forma contraria a la norma²⁸.

El autor de un delito solamente puede controlar aquello que de él depende. Puede planificar su acción y llevarla a cabo. Sin embargo, una vez que hizo todo lo que según su razonable representación debía hacer para lograr el resultado (tentativa acabada), no puede controlar otros elementos del mundo que son externos a él. De modo tal que el resultado siempre se

²⁷ Cfr. ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 166; y SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., p. 62.

²⁸ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I., *El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982, ps. 165/199.

produce por una conjunción entre la acción voluntaria y controlada del sujeto (la acción final que constituye tentativa acabada) y la suerte.

Piénsese en un sencillo caso: “A” se propone matar a “B”. Para eso le apunta con una pistola, viendo que “B” se encontraba en un lugar en el que tenía 90% de chances de darle en el corazón y así matarlo. “A” dispara y la bala da directamente en el pecho, pero “B” no muere porque lleva debajo de su ropa un chaleco antibalas que no era perceptible para los demás. La no consumación del hecho no modifica en nada la voluntad y la acción de “A”. Veamos ahora otro caso: “C” quiere matar a “D” y se representa que va a poder realizarlo disparándole al corazón, disponiéndose a disparar desde un lugar en el que tenía un 90% de chances de acertar. Dispara y “D” muere al instante. No se ve entre estos dos casos una diferencia en la acción ni en el dolo, la infracción a la norma es la misma, la culpabilidad también.

No cabe olvidar, de todas maneras, que la finalidad atribuida al Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, y aunque hayamos descartado la posibilidad de que se proteja en un sentido material al bien jurídico o, más bien, al objeto de la acción, parece que es más grave y que “impresiona” más un hecho consumado que uno meramente tentado, en el que no hubo consecuencias concretas dañosas²⁹. Es cierto que el hecho es más grave desde un punto de vista social, pero desde el punto de vista de la imputación personal como reproche por una decisión contraria a la vigencia de la norma, o contra el bien jurídico, resulta que no hay una verdadera diferencia.

Por ello cabe concluir que es posible interpretar que el principio de igualdad estaría mejor protegido si no se tomara en cuenta la consumación para la determinación de la pena: a igual acción final, igual reproche, a igual culpabilidad, igual pena, pues el *plus* de pena por la consumación no tiene relación alguna con una decisión de actuar y con la acción final llevada a cabo por el autor; excede la culpabilidad³⁰.

V. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ART. 872 DEL CÓDIGO ADUANERO

Esta norma parece haber traído tras de sí el adelantamiento, en algunos casos, de la punibilidad, con la circunstancia agravante de que además

²⁹ JESCHECK, Hans - HEINRICH, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, ps. 465-466.

³⁰ SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., ps. 61-64.

parecería que es posible imponer la misma pena a cualquier tentativa que al contrabando consumado.

Un Derecho Penal basado y ceñido estrictamente a la culpabilidad no debería admitir que el art. 871, CAd., que describe a la tentativa como la acción de intentar el delito y no consumarlo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, sea interpretado en el sentido de que una tentativa inacabada pueda ser penada tan severamente como una tentativa acabada o un hecho consumado.

Desde el comienzo de ejecución, el autor puede representarse distintas acciones que son necesarias para completar el delito, esto es el *iter criminis*: si el autor desea exportar diamantes sin pagar los impuestos correspondientes, llevándolos en cajas, traspasando la frontera en un camión, disimulándolos dentro de muñecos para niños, deberá adquirir los diamantes, adquirir los muñecos, esconder dentro de ellos las piedras preciosas, adquirir las cajas, ordenar los muñecos dentro de ellas, obtener el camión, introducir las cajas en el camión, alistar el vehículo para recorrer el camino hasta el lugar donde venderá los diamantes, dirigirse hacia el paso fronterizo y pasarlo. Todas estas acciones abarcadas por su plan constituyen el *iter criminis*; sin embargo, no todas deberían ser consideradas como tentativa de contrabando, pues los actos preparatorios deben quedar, por regla general, impunes, salvo cuando ellos constituyen una lesión a un bien jurídico autónomo³¹ u otro delito³². Esto plantea el problema de determinar cuándo existe, en el contrabando, el comienzo de ejecución, tema que abordaré más adelante en este ensayo.

Antes de entrar en el problema del comienzo de ejecución, me parece importante continuar con el de la gradación del ilícito. Supongamos que tenemos claro cuándo comienza la ejecución del delito de contrabando, aun así no es correcto sostener que corresponde aplicar la misma pena a una tentativa comenzada, pero no acabada, que a un contrabando consumado, pues si el autor no hizo todo lo que debía hacer según su representación para consumir el contrabando, entonces su culpabilidad es menor que la de quien llegó al control aduanero, proponiéndose vulnerarlo mediante ardid o engaño, o escondiendo alguna mercadería prohibida. En cambio, sí es la

³¹ Como sucede, por ejemplo, con la asociación ilícita, delito sobre el que se reconoce que es un acto preparatorio y, por tanto, se cuestiona su constitucionalidad, sin embargo, se acepta como constitucionalmente válido, pues tiene ya un disvalor autónomo. Cfr. ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 44-53. Por la inconstitucionalidad de la figura, CASTEX, Francisco, "Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal", *el Dial* del 20/4/2004.

³² Como la tenencia de estupefacientes, su tenencia para comercialización y el transporte o tráfico de estupefacientes.

misma culpabilidad la que tiene quien no es descubierto y pasa el control aduanero, que la de quien sí es descubierto y no logra vulnerarlo³³.

No ignoro que el Código Aduanero manda a aplicar la pena del delito consumado a la tentativa sin hacer las consideraciones acerca del grado de realización del intento de contrabando, pero interpretar que la pena del delito consumado se puede aplicar, por ejemplo, a quien está 300 metros de llegar al aeropuerto, tiene un pasaje para viajar al exterior y lleva en un bolso drogas, no es acorde con el principio de culpabilidad, pues el ilícito está en ese momento lejos de consumarse, podría aún ser desistido y en verdad es ciertamente discutible que en ese momento hubiera ya comienzo de ejecución³⁴.

La interpretación que se propone aquí, entonces, es que para que se pueda aplicar la pena del delito consumado, el autor debe, en el caso del contrabando simple, y a modo de ejemplo, presentarse en el servicio aduanero y realizar una maniobra ardidosa con el fin de vulnerar su control y evitar que lo ejerza sobre la importación o exportación de la mercadería que se lleve, con independencia de si esa maniobra ardidosa tiene éxito, se traspasa el control y se lo vulnera efectivamente (consumación) o si el autor es descubierto en ese momento por los funcionarios aduaneros.

En el caso del art. 864, inc. a), CAD., quien se encuentre traspasando mercadería para importarla o exportarla por la frontera en horarios o por lugares no permitidos, sin guardarse la posibilidad de no traspasar la frontera y es descubierto, es responsable por tentativa acabada, y quien tiene éxito traspasándola consumó el contrabando.

En el caso del art. 864, inc. b), es tentativa merecedora de la pena del art. 872 cuando se presentan los documentos que indican la circunstancia falsa que amerita un tratamiento aduanero distinto al correspondiente. Lo consuma quien consigue el tratamiento inadecuado.

En el caso del art. 864, inc. c), es tentativa acabada presentar ante la aduana los documentos que habilitan el privilegio en el tratamiento aduanero que en verdad es inadecuado. Es contrabando consumado traspasar el control recibiendo el tratamiento privilegiado que no le corresponde.

³³ Siempre hay que atender a las circunstancias del caso, pero ante dos personas que escondieron del mismo modo lo que no estaban autorizados a importar o exportar, no cambia la culpabilidad del que tuvo éxito respecto de la del que fue descubierto *in fraganti*, de modo tal que el art. 872 demuestra dar una solución acertada.

³⁴ En sentido afirmativo, acerca de que existe comienzo de ejecución en esa situación, C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, 30/4/1980, "Djourián, Pedro", ED 1981-162.

Comete tentativa acabada del art. 864, inc. d), quien se presenta al control aduanero con las mercaderías que deberían ser sometidas a control ocultas o disimuladas. Consuma el delito el que traspasa la aduana sin ser detenido.

El art. 864, inc. e), se comete en grado de tentativa cuando el autor, que se presenta ante el servicio aduanero alegando un destino determinado para las mercaderías, pretende un beneficio económico. Lo consuma el que consigue que le crean y obtiene tal beneficio.

En estos casos se ve como casi irrelevante o arbitrario el traspaso de tentativa a consumación; y en verdad, justamente, las particulares características del contrabando muestran esto claramente, de modo tal que es más evidente que en otros casos que el disvalor de la acción es el mismo en la tentativa y en el hecho consumado y que, por tanto, la culpabilidad es la misma y que la decisión que tomó el legislador en el art. 872, CAD., es acertada³⁵.

Tenemos, entonces, que la pena del art. 872 solamente se debe aplicar a las tentativas acabadas de contrabando. ¿Qué pasa entonces con las tentativas inacabadas? Creo que es acertado resolver este problema mediante el art. 4º, CPen., pues no existe una norma para la tentativa inacabada en el Código Aduanero, de modo tal que se debe aplicar el art. 44, CPen., como escala para aplicar una pena disminuida a casos que no merecen la misma pena que la del delito consumado.

Pero éste no es el único problema que debe llevar a acudir al art. 44, pues también debe aplicarse este artículo para aquellas tentativas inidóneas de contrabando que no deberían ser tratadas según las disposiciones de la tentativa del Código Aduanero, esto es, no en todos los casos.

VI. LA TENTATIVA INIDÓNEA DE CONTRABANDO, LOS ARTS. 871 Y 872 DEL CÓDIGO ADUANERO Y 44 DEL CÓDIGO PENAL

El último párrafo del art. 44, CPen., permite disminuir a la mitad la pena en las tentativas inidóneas o directamente eximir de pena al autor. Ésta es una disposición muy importante y no se puede considerar que esté prevista por el régimen del Código Aduanero.

³⁵ Un interesante artículo de Zysman, sostiene que no es tan sencillo distinguir entre tentativa y consumación y argumenta a favor de concentrarse en resolver este punto, pues ello tiene consecuencias jurídicas importantes: prescripción, momento hasta el cual se puede desistir de la tentativa (según la doctrina mayoritaria), (ZYSMAN BERNARDO DE QUIRÓS, Diego, "Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inc. d), del Código Aduanero", LL Sup. especial de Derecho Económico, febrero 2004, ps. 202).

Hay distintos tipos de inidoneidad de las tentativas; éstas son: por el objeto, por el sujeto, por los medios y las tentativas absolutamente inidóneas³⁶.

En el caso de la tentativa inidónea por el objeto, es difícil encontrar un caso posible en el que el autor se represente que va a impedir o vulnerar el control aduanero, pero en verdad el control no será ejercido de todas maneras por circunstancias ajenas a él, que él desconoce. Puede imaginarse un caso en el que una persona traspase el control aduanero con drogas escondidas y es controlado por un funcionario que, si bien aparenta estar cuerdo, es demente y no podría ejercer el control de todas maneras. En este caso, considero que se trata de una tentativa no abarcada por el último párrafo del art. 44, CPen., puesto que se trata de una acción que *ex ante* es idónea para vulnerar el control que parece estar establecido. Se aplican, por tanto, los arts. 871 y 872, CAD.³⁷

En el caso de tentativa inidónea por el sujeto, estas tentativas sí deben ser tratadas según el art. 44, CPen., o bien no deberían ser consideradas como típicas, pues se trata de casos en los que el sujeto debe tener alguna calidad especial para poder cometer el delito y no tiene esa calidad, de modo tal que esa situación no se encuentra abarcada por el tipo y por ello no debería ser punible³⁸. Por ejemplo, la persona a la que le han prometido que será designada funcionario público de un ministerio que expide certificados que motivan un tratamiento aduanero diferencial piensa que ya puede emitir certificados desde esa promesa y certifica algo que no es cierto, pensando que está abusando de las funciones que en verdad no ha llegado a tener. Esta persona está cometiendo una tentativa inidónea de cometer el tipo penal del art. 865, inc. c), que no debe ser punible, según el art. 44, CPen.

El caso de inidoneidad de los medios es el que puede merecer, en algunas ocasiones, una especial disminución de la pena. Según el art. 44, CPen., cuando el medio aparece como bastante inadecuado para poder consumir el delito, teniendo en cuenta que esto refleja una deficiencia en la confección del plan, un descuido o cierta indiferencia por afectar el bien jurídico³⁹ y

³⁶ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., p. 210/217.

³⁷ Se trata de un caso similar al del chaleco antibalas (ver *supra*); por lo demás, no debe olvidarse que toda tentativa vista *ex post* es inidónea, pues ya sabemos que fracasó.

³⁸ Se trata de un caso de delito putativo, impune, pues la norma es objetiva y es irrelevante que el autor se represente una prohibición inexistente (cfr. SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 456-460).

³⁹ En palabras de Welzel, el autor tiene una "menor energía criminal" (WELZEL, Hans, *Derecho penal...*, cit., ps. 261-262).

una acción que verdaderamente no representa un riesgo alto para el bien jurídico. Un caso de éstos puede ser el que lleva todo su equipaje de mano lleno de armas de fuego y lo pasa normalmente por el control de equipaje de mano, por el visor de rayos X, siendo descubierto de inmediato.

Sin embargo, si el autor razonablemente cree que los medios que eligió son idóneos para causar el resultado, no existen razones para desplazar la aplicación del art. 872, CAd. Esto sería así, por ejemplo, si el autor presenta ante la aduana un certificado falsificado, que había comprado de un experto falsificador de este tipo de documentos, con el fin de obtener un tratamiento aduanero más beneficioso que el que le corresponde. Sin embargo, el certificado es inidóneo para engañar a la aduana, pues el falsificador era, en verdad, un agente encubierto, que emitía esos certificados falsos de tal manera que todos los funcionarios de la aduana pudieran advertir la falsedad de aquél.

Por último, la tentativa irreal, o burdamente insensata, es absolutamente inidónea para afectar al bien jurídico, que *ex ante* no representa riesgo alguno y que no es abarcada por el tipo penal. Se trata de casos en los que el curso causal que se representa el autor como idóneo para producir el resultado, no es un curso causal que desde el punto de vista de un observador objetivo y *ex ante* pudiera causar el resultado⁴⁰. Un ejemplo de esto sería que el autor planea traspasar el control aduanero con un arma en la mano, pintada con una pintura especial, en la creencia de que eso la hará invisible. Se trata entonces de otro caso de tentativa no abarcada por el tipo a la que se debe aplicar la eximición de pena prevista por el último párrafo del art. 44, CPen. Otro caso de tentativa irreal puede ser la representación errónea de que llevar escondido un libro al traspasar el control aduanero constituye contrabando; esta suposición de la prohibición es un delito putativo no punible, pues la norma siempre debe existir objetivamente.

VII. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ART. 43 DEL CÓDIGO PENAL

El art. 871, CAd., dispone que comete tentativa de contrabando quien comienza su ejecución pero el hecho no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. No contiene este ordenamiento una disposición referida al desistimiento de la tentativa. Sin embargo, consideramos que, nuevamente, corresponde aplicar en forma supletoria el Código Penal, particularmente su art. 43, que deja impune las tentativas abandonadas voluntariamente por

⁴⁰ SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 487-509.

su autor. Esta posición es avalada además por la jurisprudencia⁴¹, y ello es correcto no solamente porque la interpretación *a contrario sensu* del art. 871, CAD., así lo sugiere, sino, también, por el principio de igualdad, pues si el legislador valoró que no es necesario imponer pena a quien voluntariamente desiste de su delito del Código Penal, no se advierte razón alguna de política criminal por la cual se debiera excluir de ese perdón a quien decide abandonar la ejecución del delito de contrabando.

No me propongo en este trabajo abordar las complejas discusiones acerca del desistimiento de la tentativa, solamente creo pertinente mencionar que, como se dijo, las tentativas de contrabando deben poder ser desistidas voluntariamente (art. 43, CPen) y el desistimiento funciona como una causal de exclusión de la punibilidad⁴².

En este contexto, teniendo en cuenta el criterio aquí propuesto acerca de que el ilícito está completo en el momento en que la tentativa es acabada y que el resultado no agrega nada al ilícito, es necesario sostener que las únicas tentativas que se pueden desistir son las inacabadas⁴³, criterio que parece ajustado a la norma del art. 872, CAD., conforme a la interpretación que aquí se propone.

VIII. EL COMIENZO DE EJECUCIÓN

Los actos preparatorios de un delito pertenecen, aún, a la esfera de libertad del individuo y no pueden ser prohibidos ni interferidos por el Estado, como principio general que admite algunas excepciones⁴⁴.

El último problema que me interesa abordar, en consecuencia, es el del comienzo de ejecución de la tentativa de contrabando. La determinación es

⁴¹ C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 19/3/2003, “Wasser”, LL 2003-E-6; C. Nac. Penal Económico, sala 2ª, 30/4/1985, “Navarrete”, LL 1985-D-474 y ss.

⁴² Sobre la discusión acerca de si el desistimiento de la tentativa es una excusa absoluta o implica falta de tipo, ver FREILE, Guillermo E., “Algunas cuestiones básicas del desistimiento en la tentativa”, LLC, 2004 (junio), p. 473.

⁴³ SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995, ps. 68-89 y 79. En contra de esta postura, C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “R. A., L. M. P.”, LL 2007-B, 771.

⁴⁴ Como se mencionó antes, es un caso de ello la asociación ilícita, art. 210, CPen., o la falsificación de moneda o de sellos, art. 288, CPen., o el caso de la *actio libera in causa*, en la que al autor se le reprocha el momento anterior a la comisión del delito. Todos estos reproches son cuestionables desde el punto de vista constitucional por constituir actos preparatorios, art. 19, CN y, en el caso de la *actio libera in causa*, por ser contrario al principio de culpabilidad, art. 18, CN. Sobre el problema de la *actio libera in causa*, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, t. I, cit., §19, 54 y 55, ps. 817-818.

siempre difícil de realizar. Aquí intentaré buscar un criterio razonable para separar actos preparatorios de actos ejecutorios del tipo. Este problema resulta muy importante, pues separa los actos atípicos de los típicos, que pueden ser penados⁴⁵; esto es, los actos que pueden ser penados de los que están protegidos por el art. 19, CN, por constituir acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados.

El Código Aduanero nos brinda un posible criterio de determinación. Su art. 5° define la zona primaria aduanera como aquella “parte del territorio aduanero habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la que rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento y disposición de mercadería”. Luego enumera los lugares que se encuentran comprendidos en la zona primaria aduanera:

- a) los locales, instalaciones, depósitos, plazoletas y demás lugares en donde se realizan operaciones aduaneras o *se ejerce el control aduanero*;
- b) los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos y pasos fronterizos;
- c) los espejos de agua de las radas y puertos adyacentes a los espacios enumerados en los incs. a) y b)...
- d) los demás lugares que cumplieren una función similar a la de los mencionados en los incs. a), b) y c)... que determinare la reglamentación;
- e) los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados...

Además, el art. 7° CAAd., describe cuáles son las zonas de vigilancia especial:

1. Zona de vigilancia especial es la franja de la zona secundaria aduanera sometida a disposiciones especiales de control, que se extiende:
 - a) en las fronteras terrestres del territorio aduanero, entre el límite de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
 - b) en las fronteras acuáticas del territorio aduanero, entre la costa de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
 - c) entre las riberas de los ríos internacionales y nacionales de navegación internacional y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente;
 - d) en todo el curso de los ríos nacionales de navegación internacional;
 - e) a los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados en los incisos precedentes.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 606.

2. En los incs. a), b) y c) del apartado 1, la distancia a determinarse no podrá exceder de cien kilómetros del límite correspondiente.

3. Salvo disposición expresa en contrario, los enclaves constituidos a favor de la Nación y sus correspondientes espacios aéreos constituyen zona de vigilancia especial, en cuanto no integren la zona primaria aduanera.

Tener en cuenta, los arts. 5° y 7°, CAd., puede servir, entonces, para determinar que quien se encuentre en estos lugares —zona primaria aduanera y zona especial de vigilancia— y sea encontrado con mercaderías que no pueden ser exportadas o importadas (arts. 865, incs. g] y h], 866 y 867), o que sí pueden serlo, pero se encuentran disimuladas u ocultas, de modo tal que se pueda pensar razonablemente que están preparadas para lograr eludir el control del servicio aduanero (arts. 863 y 864, inc. d]), o que tenga mercaderías en la zona primaria aduanera fuera de las horas indicadas (art. 864, inc. a]), o que se lo encuentre en las zonas de especial vigilancia con mercaderías (arts. 864, inc. a] y 865, inc. e]), o tenga mercadería y documentación falsa que pueda motivar un tratamiento inadecuado o privilegiado de la mercadería por parte del servicio aduanero (arts. 864, incs. b], y c], y 865, inc. f]), a modo de ejemplo, puede ya ser imputado por tentativa *inacabada* de contrabando, si las circunstancias del caso indican que ése es el propósito del sujeto.

Sin embargo, es útil también revisar la doctrina de la parte general del derecho penal, pues es importante saber cómo se resuelve este problema usualmente, teniendo en cuenta que no existen especificaciones en el Código Aduanero que permitan separarnos de los criterios generales. Por otro lado, me parece necesario indagar un poco más, pues hubo casos de jurisprudencia en los que este criterio aparece como demasiado amplio y otros en los que se lo consideró muy restringido⁴⁶. Veamos.

⁴⁶ En el caso C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, 30/4/1980, “Djouríán, Pedro”, ED 1981-162, se consideró que sí era clara la intención de cometer contrabando, pues el imputado tenía la mercadería oculta entre sus ropas y su equipaje, ya había tentativa, es decir que había principio de ejecución. En cambio, en el caso “Walter, Margarita”, la C. Nac. Penal Económico, sala A, consideró que cuando la imputada se aprestaba a viajar al exterior, antes de los trámites migratorios y aduaneros, no hay comienzo de ejecución. Es cierto que en el primer caso ya había ocultamiento y en el segundo no era claro si lo había, pero la pasajera del segundo caso tenía en su equipaje de mano mercadería no autorizada para llevar a bordo. Ver también C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 12/8/2002, “Rodríguez, Néstor L. s/ rec. de casación”, LL 2003-A-335. Asimismo, C. Nac. Penal Económico, sala A, 3/7/2008, “M.C.E. SA”, LL del 3/10/2008, donde se considera que hay comienzo de ejecución si se exterioriza el ardid presentando al servicio aduanero documentación apócrifa para importar. Otro fallo interesante sobre comienzo de ejecución, C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “Seabrokers”, LL 2007-B-511.

Jescheck adhiere a la teoría ecléctica acerca del comienzo de ejecución, o la teoría de la impresión. Según él, hay comienzo de ejecución toda vez que el autor considere subjetivamente que ha comenzado a realizar el tipo y ha exteriorizado su voluntad de realización de modo tal que sea objetivamente constatable y cause “impresión” en la sociedad que afecte la vigencia de la norma⁴⁷. Pero este criterio no determina, en el caso del contrabando, cuándo se comienza a realizar el tipo. Habrá que seguir indagando.

Welzel sostenía que el comienzo de ejecución se da cuando el autor se dispone inmediatamente a realizar el tipo⁴⁸.

Carrara sostenía que existe comienzo de ejecución cuando la acción está dirigida directamente a la comisión de un delito determinado, creando un peligro para el bien jurídico⁴⁹.

Un criterio expuesto por Sancinetti, es el de determinar que existe comienzo de ejecución cuando se puede ya perder el control sobre la propia acción⁵⁰, es decir, cuando, a causa de las acciones ya realizadas, se podría adelantar el resultado, sin que, desde el punto de vista de la representación del autor, pueda revocar con seguridad su voluntad de cometer el delito⁵¹. De modo tal que el comienzo de ejecución es el primer acto que entra dentro del tipo, el primer acto prohibido⁵².

Todas estas afirmaciones de la dogmática son bastante abstractas y no resuelven, por sí solas, la pregunta que nos hicimos al principio de este apartado.

⁴⁷ JESCHECK, Hans, H., *Tratado de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1981, ps. 700-703. La “impresión” social es también en Jescheck y en muchos otros autores el motivo determinante de la penalización de la tentativa.

⁴⁸ WELZEL, Hans, *Derecho penal...*, cit., ps. 262-265. Una definición sustancialmente similar se encuentra en WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 174.

⁴⁹ Citado en VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos...*, cit., p. 261.

⁵⁰ El criterio se refiere en verdad al comienzo de ejecución del autor mediato; sin embargo, se puede aplicar también al autor. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit., ps. 717-727.

⁵¹ SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal. Parte General*, t. III, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 47-52.

⁵² SANCINETTI, Marcelo, *Teoría...*, cit., ps. 409-429. Aquí el autor parte de la base de que el ilícito se desarrolla progresivamente, de modo tal que, desde el comienzo de ejecución, el disvalor de acción crece con cada acción sucesiva hasta quedar completo el ilícito en el momento de la tentativa acabada, momento en el cual el dolo se manifestó exteriormente en forma completa; esto es contrario a la idea de que el dolo se debe encontrar completo al momento del comienzo de ejecución (ps. 410-411).

En primer lugar, deberíamos pensar en el plan del autor. Éste puede, como se vio en el ejemplo de esconder diamantes en osos de peluche, tener que realizar varias actividades para poder llegar a realizar el contrabando, el plan puede estar claro y la *intención* de contrabandear puede estar presente y completa desde el primer acto. Sin embargo, no todos los actos, como, por ejemplo, cargar nafta al camión que llevará las cajas para pasarlas por la frontera, pueden ser considerados como parte de la ejecución del delito. Muchos actos que forman parte del plan son perfectamente lícitos y aunque sean llevados a cabo con la *intención* de luego cometer contrabando, no se los puede considerar como actos que conforman una tentativa, sino meros actos preparatorios, amparados por el art. 19, CN.

Tampoco importa entonces la intención de cometer el contrabando, pues, como se vio, ella suele estar presente durante todo el plan y no determina necesariamente el comienzo de ejecución⁵³. En este sentido, parece más razonable y justo establecer algún criterio objetivo que separe los actos preparatorios de las tentativas, y esto no debería depender exclusivamente de una actitud subjetiva del autor. Ello sería, por otro lado, muy dificultoso para ser probado. Pues ¿cómo sabemos cuándo el autor considera que está cumpliendo con el tipo?

Una primera cuestión a tener en cuenta es que el autor realice acciones que inequívocamente conduzcan a realizar un hecho ilícito; a esto podría sumársele que sea reconocible qué tipo penal se está realizando⁵⁴, es decir que el comienzo de ejecución y todos los actos progresivos de ejecución deben ser actos que no se realicen normal y lícitamente y que se dirijan inequívocamente a cumplir con un tipo penal determinado⁵⁵.

Según este criterio, podemos decir que podría ser principio de ejecución esconder los diamantes en los ositos. Pero lo cierto es que allí no es del todo claro qué delito se quiere cometer. Según estas ideas, deberíamos ubicar el comienzo de ejecución más cerca del momento de consumación que es, como dijimos antes, aquel en que efectivamente se pasó los controles del servicio aduanero sin que se descubra la mercadería o sin tributar lo mandado por las normas, mediante ardid o engaño o cuando efectivamente

⁵³ Hay que recordar que en este trabajo se parte de la base de que *intención* no es lo mismo que *dolo*, pues el dolo implica actuar con conocimiento de que se está cumpliendo con los elementos del tipo. Una fundamentación extensa y cuidadosa de esta postura se encuentra en SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría...*, cit. ps. 145-255.

⁵⁴ CARRARA, Francesco, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, (1859), t. I § 356 y ss., citado en SANCINETTI, Marcelo, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 37.

⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 430-432.

se pasó de un territorio aduanero a otro sin someter las mercaderías importadas o exportadas al control de la aduana.

El criterio de Welzel parece acercar demasiado el comienzo de ejecución al momento de consumación, teniendo en cuenta las características del delito de contrabando.

La posición de Sancinetti puede llevarnos a volver a considerar los conceptos de zona primaria aduanera y zona de especial vigilancia. En efecto, si ésas son las zonas en las que el servicio aduanero debe ejercer su control, el autor debe saber que estando en ese ámbito puede ser controlado por la aduana, de modo tal que si está preparado para cometer el delito de contrabando, al entrar en la zona primaria o en la zona de especial vigilancia pierde el control seguro sobre su acción, pues es previsible que los funcionarios del servicio aduanero pretendan ejercer sus funciones de control y es previsible que de ese modo el autor puede ser descubierto estando preparado para cometer contrabando, provocando la frustración del propósito delictivo *ya exteriorizado* e impidiendo el posterior desistimiento⁵⁶.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las particulares características del delito de contrabando justificaron el establecimiento de una regla sobre su tentativa distinta de la del Código Penal. Como hemos visto, esta opción no es problemática desde el punto de vista constitucional.

Los planteos de inconstitucionalidad del art. 872, CAd., nos han llevado a analizar los argumentos dados en tales presentaciones y ello confirmó que no es dudosa la legitimidad de la inclusión de esta norma, y que, además, ella es, en general, más apegada al principio constitucional de culpabilidad y de igualdad que el art. 44, CPen.

Sin embargo, al indagar en la aplicación del art. 872, encontramos ciertos aspectos que no pueden estar incluidos en tal norma, a los cuales cabe aplicar las reglas de la parte general del Código Penal.

Por último, intentamos establecer un criterio aceptable para determinar cuándo comienza la ejecución del contrabando, buscando que este criterio sea coherente con las propuestas para los otros aspectos problemáticos que presenta el tema.

⁵⁶ Un criterio similar a esta posición puede encontrarse en el fallo C. Nac. Penal Económico, sala B, 8/11/2006, “Seabrokers”, LL 2007-B-511, pues allí se sostiene que si las actividades engañosas no se desarrollan en el ámbito de control del servicio aduanero, no hay comienzo de ejecución. También acompaña este criterio, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 20/12/2001, “Steiger”, LL 2002-D-956.

Como palabras finales, podemos decir que la voluntad exteriorizada en este ensayo fue la de proponer una aplicación de los tipos penales relacionados con el contrabando regida por la afirmación de que el ilícito penal es la acción final contraria a la norma y sólo ella, idea que parece ser reflejada por las disposiciones del Código Aduanero en materia de tentativa. Sea que este intento fue exitoso o que permaneció tentado, lo mismo valió la pena intentarlo.

X. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHEK, Hans - Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1986.
- *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. t. I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II*, C.H. Beck, München, 2003.
- *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007.

- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
— *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995.
— *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
— *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
— *Casos de derecho penal. Parte General*, t. I, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
— *Casos de derecho penal. Parte general*, t. III, 3ª ed. reelaborada y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *El hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, Mave, Buenos Aires, 2004.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1986.
— En coautoría con ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
— *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Artículos de doctrina

- CASTEX, Francisco, “Asociación ilícita y principios constitucionales del derecho penal”, *el Dial* del 20/4/2004.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998-A-20.
- FREILE, Guillermo E., “Algunas cuestiones básicas del desistimiento en la tentativa”, LLC 2004 (junio).
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Un paso atrás sobre el delineamiento del bien jurídico protegido en el delito de contrabando”, LL 1999-D-303 y ss.

- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios”, LL 2005-F-573 y ss.
- ZYSMAN BERNARDO DE QUIRÓS, Diego, “Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864, inc. d), del Código Aduanero”, LL Sup. especial de Derecho Económico, febrero 2004.

VII CONCURSO DE ENSAYOS
“DR. IGNACIO WINIZKY” DE DERECHO PENAL

