



## ADUANA / Contrabando

Las distintas hipótesis que tipifican el contrabando, contenidas en el art. 187 de la ley de aduanas (t. o. 1962 —Adla. XXII-A. 398—) pueden sustancialmente resumirse en la que describe el inc. f) de dicho artículo, y que consiste en "sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera o a impedir mediante ardid o engaño el adecuado ejercicio de las facultades que las leyes acuerdan a las aduanas". Por ello, aunque los despachos de las mercaderías se hayan hecho con intervención de la autoridad, lo que excluye el caso previsto en la primera parte de la norma, puede configurarse el delito si se ha impedido, por medios engañosos, el adecuado control y debe dejarse sin efecto la sentencia que no se hace cargo de la argumentación del fisco querellante en el sentido de que se había incurrido en el delito de contrabando por reunir las maniobras realizadas tales características para eludir las facultades aduaneras.

**74.146** — CS. noviembre 30-976 (\*). — Gordo, Humberto y otros, querrela.

### Opinión del Procurador General de la Nación.

1º — En el pronunciamiento dictado a fs. 1082, relativo al recurso de hecho presentado entonces, V. E. consideró procedente la apelación extraordinaria interpuesta a fs. 1000/1007, de conformidad con mi dictamen, en razón de que en los autos se ha puesto en cuestión la inteligencia de normas de carácter federal y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ellas.

(\*) Citas legales del fallo num. 74.146: ley de aduanas (t. o. 1962 —Adla. XXII-A. 398—); leyes 14.467 (Adla. XVIII-A. 94), 16.686 (Adla. XXV-B. 1173), 48 (Adla. 1852-1880. 364), decreto-ley 6660/63 (Adla. XXVIII-B. 986); decretos 10.682/65 (Adla. XXV-C. 2674), 5186/58 (Adla. XVIII-A. 587).

Procede recordar, al respecto, que en el correspondiente dictamen que emitiera en esa oportunidad puse de manifiesto mi opinión en el sentido de que la cuestión traída a conocimiento de la Corte "versa sobre la interpretación de las normas federales contenidas en los arts. 187, inc. f) y 188 de la ley de aduanas, t. o. 1962, toda vez que... no se discute en el caso la existencia de los hechos que se tienen por acreditados sino su calificación jurídica", habiendo expresado también entonces que configura asimismo cuestión federal bastante para la procedencia del recurso el agravio relativo a que no se cumplió con lo dispuesto por el art. 5º del dec. ley 6660/63, que obliga al tribunal de la causa a pronunciarse respecto de las infracciones que "además o en lugar del delito de contrabando se hubieren comprobado en autos".

2º — Ello establecido, cabe señalar ahora que el fallo da por probado:

1º) Que la importación de radios completas estaba prohibida y

2º) Que "los aparatos que importó Gordo para la firma Rouviere S. A. eran radios completas, según las disposiciones de la ley 16.686, y por consiguiente caían bajo la prohibición dispuesta por el dec. 10.682/65 dictado por el Poder Ejecutivo sobre la base de la facultad otorgada por el dec. 5186/58, ratificado por la ley 14.467".

Es importante destacar que el pronunciamiento apelado ha tenido en cuenta las manifestaciones del querellante en el sentido de que, analizado independientemente cada uno de los despachos —tal como fueron presentados—, "no se comprueba ninguna irregularidad, pero que tomados en conjunto resulta que con las partes de los mismos se forman aparatos a transistores completos", y que "el conjunto de esos elementos, que provenían de un mismo importador nacional, transportados en un mismo avión, seccionado en diversas guías que amparaban otros tantos bultos y por los que se confeccionaron los referidos permisos de importación, se hizo con el único propósito de eludir —mediante ese ardid— la prohibición de importación vigente, ya que no existía ninguna otra razón de fraccionamiento". Y frente a estas afirmaciones el tribunal a quo concluyó, seguidamente, que de la simple lectura de los despachos se advierte que es cierta la forma de presentación, su origen, la forma de remisión, su destino, etcétera..."

Pese a esto, el tribunal de cuya sentencia se apela ha descartado que el hecho configure contrabando. Ello surge de un razonamiento en dos pasos. En primer término, niega la Cámara que el inc. b) del art. 187 de la ley de aduanas, según el cual constituyen contrabando "las operaciones de importación o exportación con mercaderías u objetos cuya entrada o salida estuviese prohibida" tenga el carácter de una figura autónoma, de modo que la introducción prohibida de efectos sólo constituirá contrabando cuando sea también encuadrable en alguna de las otras hipótesis del catálogo contenido en el art. 187 de la citada ley de aduanas.

En segundo término, considera el a quo que la norma en la cual habría intentar subsumir la acción de los imputados es el inc. f), 2ª parte de aquella ley ("To-

do otro acto u omisión tendiente... a impedir mediante ardid o engaño el adecuado ejercicio de las facultades que las leyes acuerdan a las aduanas"). Pero la Cámara viene a estimar que cuando el éxito de la maniobra depende de la deficiencia del funcionamiento de la Aduana el ardid o engaño utilizado queda desprovisto de relevancia penal.

No cabe que me expida en lo atinente a si la norma del inc. b) es una figura autónoma, pues en este aspecto la posición del a quo no aparece cuestionada por el recurrente, quien sí afirma, en cambio, y con razón, a mi juicio, la plena aplicabilidad al caso del art. 187, inc. f), 2ª parte de la ley de aduanas.

La deficiencia del razonamiento que formula el a quo para excluir la puesta en juego de la norma recién aludida se halla, según lo entiendo, en que aplica a una figura que tutela el orden económico nacional distinciones interpretativas que sólo hallarían justificación en el tratamiento penal del fraude dirigido a dañar el patrimonio.

En efecto: es corriente en la dogmática penal distinguir, al interpretar la figura de estafa, entre el fraude civil y el penal, entre el engaño impune y el punible, lo cual deriva de los inconvenientes que podrían presentarse a las transacciones corrientes si todo tipo de engaño o embuste perjudicial cayera bajo la sanción de la estafa (v. Gómez, E., "Tratado de Derecho Penal", t. 4, ps. 204/205, Buenos Aires, 1941, cuando hace referencia a la opinión de Chauveau y Hélie). Las vías por las cuales se circunscribe el campo del ardid o engaño punible ofrecen matices, pero fundamentalmente se trata de que tengan características tales que no sea fácil defenderse de ellos. A esta dificultad para librarse del engaño se la puede describir poniendo el acento en el despliegue externo efectuado por el sujeto activo ("mise en scene"), o en la aptitud del engaño para inducir a error aun a quien proceda con cierta diligencia. De allí que un sector de nuestra jurisprudencia considere que cuando la víctima no actuó con un mínimo de diligencia, no existe estafa (conf. Núñez, "Derecho Penal argentino. Parte Especial —V—", p. 299, "in fine y nota 53, Fontán Balestra, "Tratado de Derecho Penal", t. VI, p. 45, Buenos Aires, 1969).

Precisamente éste es el criterio seguido por el a quo en el "sub lite": considera a la Aduana como incurso en grave negligencia, y excluye así la punibilidad del engaño padecido por ésta.

Más, como ya lo anticipé, el distingo que quizá pueda hallarse justificado en el campo de la figura de estafa no tiene objeto en el delito de contrabando. No hay aquí peligro de turbar la seguridad de las transacciones comerciales y civiles ordinarias si no se hace diferencia entre engaños de un género y de otro, entre fraude civil y fraude penal: todo engaño que persiga la frustración del control aduanero lesiona el bien jurídico tutelado por el art. 187 de la ley aduanas y la punición de todos estos actos sin excepción no entraña peligro para otros bienes objeto de protección jurídica. Reitero, al respecto, que la consideración a la seguridad de las convenciones es la base dogmática del distingo utilizado por la Cámara, y que, al faltar por

completo, en el contrabando el conjunto de circunstancias que sustentan la inteligencia limitativa de la noción de ardid o engaño en la estafa, la misma carece de sentido respecto del primero de esos delitos.

En este orden de ideas creo menester subrayar que, dentro de la concepción actual del derecho penal económico, la finalidad de la figura de contrabando no es primordialmente la preservación de la integridad de la renta fiscal —lo que podría conducir a la analogía entre la estafa y el contrabando realizado con fraude—, sino la preservación de los objetivos de política económica fijados por el Estado en su carácter de órgano rector de la economía nacional.

Por ello declara explícitamente el art. 187, inc. f) de la ley de aduanas, que lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de aquel organismo, que tanto las tiene para lograr la recaudación de los gravámenes como para velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional.

Desde el punto de vista expuesto parece claro que cualquier engaño destinado a burlar el debido control aduanero, aun cuando sea aprovechando las deficiencias organizativas del servicio, es punible con arreglo al art. 187, inc. f) de la citada ley de aduanas.

Desde otro punto de vista, esto es, desde el de la dogmática de los delitos patrimoniales, y, en especial, de la estafa, también cabe llegar a análoga conclusión, si se tiene en cuenta que las falsedades afirmadas por quienes tienen obligación legal de manifestar la verdad son consideradas como engaño relevante para la figura de estafa porque se abusa de la confianza que resulta del conocimiento de dicha obligación jurídica (conf. Núñez, op. et vol. cit., p. 301; Ricardo Levene —h.— "Enciclopedia Jurídica Orbeba", t. XI, ps. 33 y 35, 1ª columna voz Estafa y justamente esa obligación pesa sobre quienes realizan operaciones en la Aduana) (arts. 167 y sigts., ley respectiva).

Por otra parte, y siempre en orden a la dogmática del derecho penal patrimonial, cabe también poner de relieve que de acuerdo con autorizadas opiniones (conf. Soler, "Derecho Penal argentino", t. IV, p. 323, parág. X, Buenos Aires, 1970, y los autores mencionados por Núñez, op. et vol. cit., p. 298, nota 50), el juicio sobre la facilidad con que el sujeto pasivo pueda advertir el engaño se debe realizar atendiendo a la situación concreta del mismo. El a quo, en cambio, prescinde de toda consideración sobre las posibilidades materiales de la Aduana para establecer controles como los que serían precisos para aventar todo riesgo razonable de que maniobras del género de las que aquí se investigan tuvieran éxito.

Reitero, en consecuencia, que el hecho de autos constituye la acción reprimida por el art. 187, inc. f), 2ª parte de la ley de aduanas.

3º — En lo que trata del otro agravio articulado como subsidiario en el recurso pienso que el mismo se ha configurado igualmente en el caso y que, consecuentemente,

mente, sustenta también la conclusión de que el fallo debe ser dejado sin efecto.

En lo que a esto concierne, estimo que, hallándose abierta una causa en la que se investiga el delito de contrabando, la competencia del tribunal que interviene se extiende también, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 5º, incs. 2º y 3º del dec. 6660/63, al juzgamiento de las "infracciones que, además o en lugar del delito de contrabando, se hubieran comprobado en autos", acerca de las que deberá resolver también el órgano judicial en la sentencia que dicte, así como "sobre la situación fiscal de las mercaderías, aplicando las penas que correspondieran... en su caso, a las otras infracciones que se hubieran comprobado en autos" (conf. en tal sentido, doctrina de Fallos, t. 268, p. 302; t. 269, p. 410; t. 274, p. 372; t. 281, p. 277; y también de Fallos, t. 265, p. 321; t. 276, p. 48 y t. 284, p. 338 —Rep. La Ley, XXVIII, p. 139, sum. 267; Rev. La Ley, t. 130, p. 730, fallo 17.185-S; t. 136, p. 1057, fallo 22.056-S; t. 196, p. 673, fallo 28.744-S; t. 125, p. 116; t. 138, p. 234; t. 152, p. 325—).

Me parece claro, pues, que en el supuesto de que se concluyere, como lo propugno, que el hecho en examen tipifica el delito de contrabando, toda vez que, a juicio de la Cámara de Apelaciones, también es objeto de investigación una posible infracción aduanera, dicho tribunal deberá pronunciarse respecto de esa infracción en la sentencia que dicte y no afirmar, como lo hizo, que el juzgamiento de la misma "escapa, por ahora, a la competencia de la justicia federal".

Igual pronunciamiento deberá emitir el a quo, en mi opinión, en el caso de que V. E. no compartiere mi parecer acerca de que en la especie "sub examine" se configuró el delito de contrabando.

Por las razones expuestas, opino que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso. — Febrero 9 de 1976. — *Oscar Freire Romero*.

Buenos Aires, noviembre 30 de 1976.

**Considerando:** 1º — Que la Cámara Federal de Mendoza confirmó el pronunciamiento de 1ª instancia que había absuelto en cuanto a la infracción al art. 187, inc. f) de la ley de aduanas, t. o. 1962, imputada en el caso. Interpuesto recurso extraordinario por la Administración Nacional de Aduanas en su calidad de querellante su denegación dio motivo a que dicho organismo se presentara en queja. Al admitirla, esta Corte declaró procedente aquel recurso, por haberse puesto en juego la inteligencia de normas de carácter federal y ser la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria al derecho que el recurrente fundó en ellas.

2º — Que la Cámara a quo tuvo en cuenta que los aparatos que importó el imputado para Rouviere S. A. eran radios completas, según las disposiciones de la ley 16.586, lo que las colocaba bajo la prohibición dispuesta por el dec. 10.682, 65, dictado por el Poder Ejecutivo sobre la base de la facultad otorgada por el dec. 3168/58, ratificado por la ley 14.467. Pese a lo cual

consideró que no se configuraba el delito imputado, por cuanto él —la importación o exportación de mercaderías prohibidas— requeriría una conducta tendiente a eludir el contralor aduanero, aun en el supuesto del inc. b) del antes citado art. 187, o al menos, un accionar que pudiera relacionarse con alguno de los otros casos que en él se legislan.

3º — Que asimismo, la sentencia en recurso ponderó y tuvo por ciertas las expresiones del querellante al señalar que, analizado independientemente cada uno de los despachos, "no se constata ninguna irregularidad, pero que tomados en conjunto resulta que con las partes de los mismos se forman aparatos a transistores completos", operación que se hizo en la forma referida con el único propósito de eludir, mediante ese ardid, la prohibición vigente en cuanto a importar radios completas, ya que no existía ninguna otra razón para explicar que se hubiese hecho una operación fraccionada en tal forma.

4º — Que las distintas hipótesis que tipifican el contrabando, contenidas en el art. 187 de la ley de aduanas (t. o. 1962), pueden, sustancialmente, resumirse en la descripta por el inc. f) de esa disposición, conforme a la cual dicho delito consiste en "sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera o a impedir mediante ardid o engaño el adecuado ejercicio de las facultades que las leyes acuerdan a las aduanas".

5º — Que es exacto —como lo expresa el a quo— que los despachos de la mercadería fueron librados con la intervención de las autoridades aduaneras, lo cual excluye el caso de la primera parte de la norma transcrita.

No ocurre lo mismo con la segunda, a través de la cual cabe contemplar aquellos supuestos en que, si bien las formas en la documentación aparecen guardadas, ello sólo constituye un "ropaje de legitimidad" para encubrir el verdadero propósito perseguido que no es otro que eludir, mediante ese ardid, alguna prohibición o determinado tratamiento fiscal.

La exterioridad del acto, al ocultar la realidad del mismo, obra, precisamente, como un medio engañoso para impedir el adecuado contralor aduanero, hecho configurativo —como queda dicho— del tipo de contrabando previsto en la última parte del inc. f) del art. 187.

No valen para pretender sacar el caso de ese contorno, argumentos basados en la importancia o en la fuerza de los medios utilizados para evitar el apropiado ejercicio de las facultades de verificación que posee la Aduana, ni tampoco los que podrían darse sobre la aptitud de ésta para proceder con la debida diligencia.

En ese sentido, no debe olvidarse que la incriminación del contrabando como delito tiene un fundamento económico y que persigue, esencialmente, la protección de normas establecidas por razones de orden público.

6º — Que, por último, conforme lo señala el procurador fiscal en su dictamen, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Corte (Fallos, t. 268, p. 302; t. 269, p. 410; t. 274, p. 372 y otros), y lo que disponen los incs.

2º y 3º del art. 5º del dec. 6660/63, compete al tribunal de la causa el juzgamiento de las "infracciones que, además o en lugar del delito de contrabando, se hubieran comprobado en autos", y, asimismo, "resolver sobre la situación fiscal de las mercaderías, aplicando sobre ellas las penas que correspondieran al delito de contrabando o, en su caso, a las otras infracciones que se hubieran comprobado en autos". Resulta pues fundado el agravio del recurrente en cuanto a la falta de decisión por parte del a quo en tales aspectos.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Procurador Fiscal de la Corte, se deja sin efecto la sentencia de fs. 991 en lo que fue materia del recurso extraordinario. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de procedencia para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo aquí declarado y en los términos del art. 16, 1ª parte de la ley 48. — *Horacio H. Heredia.* — *Adolfo R. Gabrielli.* — *Alejandro R. Caride.* — *Federico Videla Escalada.* — *Abelardo F. Rossi.*

## EL DELITO DE CONTRABANDO: BIEN JURIDICO PENALMENTE TUTELADO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Por GERMAN J. BIDART CAMPOS

### I

1 — Este interesantísimo caso —que lleva una disidencia de penalista tan calificado como el ex juez de la Corte doctor José Severo Caballero— hurga en un problema penal que hunde su raíz inocultable en el derecho constitucional. Por eso abordamos la sentencia.

El problema a resolver era el siguiente: saber si determinadas exportaciones (comercio exterior) realizadas con intervención de la Administración Nacional de Aduanas, encuadraban o no en el delito de contrabando, o si sólo configuraban una infracción cambiaria (ley 19.359); la duda

provino del hecho de que en el trámite del “despacho” se hizo valer refrendaciones bancarias (que presuntamente habrían sido falseadas) relativas a la forma en que el pago se llevaría a cabo en el extranjero.

2 — La Corte —por mayoría— puntualiza una serie de cuestiones muy importantes:

a) el art. 863 del código aduanero no contiene el listado enumerativo de las conductas delictuosas que pueden afectar el control aduanero; se reduce a tipificar *las que por acción u omisión dificultan o impiden, mediante ardíd o engaño, el ejercicio adecuado del control sobre importacio-*

protección legal, son los legitimados para declarar el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (del voto de la mayoría).

5.—Las normas de menor jerarquía que integran las leyes penales en blanco deben respetar la relación que el legislador ha establecido entre la conducta prohibida y pena amenazada (del voto de la mayoría).

6.—El legislador ha concebido al delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal, pues lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, que tanto las tienen para lograr la recaudación de los gravámenes como para velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional. Dentro de esta concepción las funciones aduaneras comprenden las facultades necesarias para controlar la concurrencia de los supuestos que regulan los gravámenes aduaneros o fundan la existencia de restricciones o prohibi-

nes y exportaciones, mediante las funciones legales del servicio aduanero;

b) el delito de contrabando tiene, como todo delito penal, su bien jurídico propio, tutelado en la incriminación;

c) ese bien jurídico va más allá del aspecto fiscal, o sea, no consiste únicamente en resguardar las rentas de la aduana, por lo que no se torna indispensable el perjuicio fiscal en la consumación del delito, sino que el citado bien jurídico está constituido por el adecuado ejercicio de la función de control sobre el tráfico internacional de mercaderías, asignada a las aduanas exteriores (interiores no puede haberlas);

d) excedido en el bien jurídico el supuesto de defraudación fiscal, el delito de contrabando y el bien jurídico tutelado poseen un fundamento económico: las aduanas han sido investidas de funciones de inspección, intervención y control para cuidar la correcta recaudación de los gravámenes de importación y exportación y para velar por la también correcta ejecución de las normativas que estructuran el ordenamiento económico del estado; pero:

e) no cualquiera otra función de policía económica configura actividad aduanera;

ciones a la importación y exportación (del voto de la mayoría).

7.—La delegación en la aduana de cualquier función de policía económica, no puede constituir a la actividad que se delega en una actividad "aduanera". El legislador ha valorado la importancia que dentro de las funciones estatales reviste el control económico en materia cambiaria al sancionar el régimen correspondiente (ley 19.359 t.o. 1982) y ha conminado a las conductas que lo afectan con las sanciones que ha considerado adecuadas y suficientes para su protección. El hecho de que por razones prácticas el órgano que ejerce ese control lo haya delegado parcialmente en otro organismo de la Administración mediante un acto administrativo (Circular A-39, Banco Central haciendo uso de las atribuciones otorgadas por las leyes sobre policía en materia cambiaria), no puede tener virtualidad para cambiar la naturaleza del control que se ejerce y que está en la base de los bienes jurídicos que pretende proteger el derecho penal cambiario; por ende la mera delegación de funciones no transforma el control de cam-

no se puede, por ejemplo, interpretar el art. 863 en forma que llegue a convertir el control de cambios en control aduanero, con el efecto de que infringir el régimen cambiario se identifique penalmente con el delito de contrabando; tal identidad no prospera con el tipo penal vigente;

f) el deslinde entre el control cambiario y el control aduanero se exhibe legislativamente en una dualidad de normativas; la Corte cita en el primer campo a la ley 19.359 (control económico en materia cambiaria), y en el segundo al código aduanero, dentro del que está incriminado el contrabando del modo hasta aquí diseñado someramente;

g) hay entonces una dualidad de bienes jurídicos tutelados penalmente; el derecho penal cambiario toma en cuenta un bien peculiar; el derecho penal aduanero toma en cuenta el suyo; uno y otro no se pueden confundir; tampoco se puede reabsorber en la incriminación del contrabando una conducta que corresponde situar en el campo del derecho cambiario y de su sistema de control;

h) las funciones de policía económica, y las de control fiscal, abarcan diversidad de

bios en control aduanero (del voto de la mayoría).

8. — El art. 863 del cód. aduanero al punar el contrabando se refiere a las funciones que las leyes acuerdan a la aduana "para el control sobre importaciones y exportaciones", las cuales se hallan específicamente previstas en el art. 23 de dicho cuerpo normativo, en tanto se refieren directamente al control sobre las importaciones o las exportaciones, como serían las facultades necesarias para controlar la concurrencia de los supuestos que regulan la recaudación de gravámenes aduaneros o fundan las restricciones y prohibiciones a la importación y exportación, quedando excluidas, en consecuencia, las facultades de

control que pudiera tener y que no se vinculan directamente con el tráfico internacional de mercaderías (del voto de la mayoría).

9. — La presentación ante la autoridad aduanera de documentos de embarque en cuyo cuerpo se incluyen refrendaciones bancarias presuntamente falsas, con fines de satisfacer los requisitos exigidos por el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades de policía en materia de control de cambios (comunicación A-39, punto 1, d], de junio 22-1981) no puede considerarse uno de aquellos actos que impiden o dificultan el ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero sobre la importación o exportación en

aspectos, bienes, competencias y ámbitos jurídicos;

i) la constitución exige —con el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", del art. 18— que exista *ley anterior* al hecho en un doble aspecto: i') la *tipificación* de los hechos punibles; i'') la *sanción penal* aplicable a esos hechos. Ninguna de ambas cosas puede estar ausente, o provenir de ley posterior al hecho;

j) no abastece esa inexorable exigencia constitucional una ley que señala el bien jurídico protegido penalmente contra ciertas conductas que lo dañan, pero que a la vez no consigna cuál es el alcance de la protección penal que se expresa en la naturaleza y cuantía de la sanción;

k) no cualquier órgano de poder está constitucionalmente legitimado para seleccionar qué intereses constituyen bienes jurídicos que resultan acreedores a la tutela penal;

l) ha de existir *correlación legislativamente preestablecida entre bien jurídico y sanción penal*, de modo que estando proscripita la analogía en el ámbito penal no cabe ampliar y extender los tipos penales a la protección de bienes jurídicos diferentes de los que con cada *incriminación* el legislador ha querido tutelar.

## II

3 — Una vez que tenemos elaborado este diagrama de síntesis, avanzamos a alcanzar el decisorio en sí mismo.

Dice la Corte que el delito de contrabando queda determinado por la frustración del ejercicio de la facultad de control aduanero tal como a la aduana se la encomienda la ley. El hecho de que el control sobre la negociación de divisas le haya sido encomendado a la aduana por el Banco Central no puede surtir el efecto de trocar el control cambiario en control aduanero, porque a los fines del art. 863 sobre contrabando, esa transferencia de funciones no tiene aptitud suficiente para incorporar al tipo penal del delito de contrabando una conducta que es ajena al bien jurídico tutelado con su *incriminación*. El aspecto formal de que el Banco Central haya dispuesto que la aduana no dé curso a permisos de embarque sin refrendación bancaria sobre el modo como se ingresarán las divisas provenientes de las exportaciones, sólo tiene relevancia en cuanto al órgano controlante, pero carece de virtualidad para cambiar la naturaleza del control cambiario en control aduanero.

4 — Obsérvese cómo le ha servido mucho —muchísimo— a la Corte la focalización de cuál es el *bien jurídico penalmente tutelado* en el delito de contrabando para poder trazar el nexo con la punibilidad. Cuando se da cuenta de que la tipicidad radica en el dificultar o impedir por ardid o engaño que el servicio aduanero ejerza adecuadamente el control sobre el tráfico internacional de mercaderías que se importan y exportan, comprende que sin una ley previa que perfile con otro alcance el tipo penal es imposible dar por incluido en él al control de las divisas provenientes del tráfico internacional, porque esto último es un control cambiario que, aun comparado a la aduana por el Banco Central,

los términos del art. 863 del cód. aduanero (del voto de la mayoría).

10.— Del art. 18 de la Constitución Nacional emana la prohibición de interpretar analógicamente las leyes penales, porque la ampliación por vía interpretativa de la protección de bienes jurídicos distintos que los que el legislador quiso proteger, resulta contraria a aquella norma (del voto de la mayoría).

11.— El legislador ha concebido al delito de contrabando como todo acto u omisión tendiente a sustraer mercaderías o efectos a la intervención aduanera, frustrando con tales conductas el adecuado ejercicio de las funciones legales del servicio aduanero. Allí, reside el

bien jurídico protegido, entendido como la necesidad de la Administración Pública de controlar y encauzar la actividad comercial de los particulares como bien común y velar por la correcta ejecución de las normas que estructuran el ordenamiento económico nacional (disidencia del doctor CABALLERO).

12.— La interpretación sistemática de las disposiciones vigentes, efectuadas a la luz de las anteriores leyes que castigaban el contrabando, lleva a la conclusión de que el delito de contrabando se ha estructurado no sólo en relación a las conductas que impidan o dificulten el control sobre la percepción de la renta aduanera, sino también con aquellas que lo hagan respecto de los demás contro-

no es el control aduanero a que se refiere la norma penal que incrimina el contrabando.

Solamente las funciones específicas de la actividad aduanera —dice la Corte— pueden ser tenidas en consideración para integrar el tipo penal del art. 863 del código aduanero. Por la prohibición constitucional de la analogía en derecho penal, es inviable toda interpretación judicial que desorbite el bien jurídico comprometido y tutelado en la incriminación. Ya vimos cuál era en el contrabando, y cuál la ausencia de relación con el tráfico de divisas y el control cambiario.

5— Que es difícil verificar con precisión en este caso la frontera que deslinda el control aduanero (cuya tutela pretende la penalización del contrabando), del control cambiario, lo demuestra el argumento disidente del doctor Caballero, cuando en su voto estima que la refrendación bancaria falsa en la documentación aduanera es una maniobra ardidosa dirigida no solamente a violar la ley cambiaria, sino que la actividad delictuosa se integra a la vez con el aprovechamiento de dificultar o impedir el control aduanero sobre una condición indispensable para que la aduana autorice la exportación. De ahí induce que el tipo penal del contrabando y la conducta cambiaria interpretada judicialmente como delictuosa se identifican.

6— No somos expertos ni en el derecho penal, ni en el derecho penal aduanero, ni en derecho penal cambiario, pero nos inclinamos por la decisión mayoritaria, porque nos convence su fino análisis del vínculo entre el bien jurídico tutelado penalmente con la incriminación del contrabando y la

conducta que se juzga como punible o no punible.

Recordamos de nuestras épocas de estudiante con cuánta insistencia Carlos Fontán Balestra en sus clases de derecho penal no enseñaba lo importantísimo que resultaba detectar correctamente cuál es el bien jurídico penalmente tutelado en cada delito o familia de delitos, cosa que dentro del código penal él sugería inferir de los títulos de sus diferentes partes. Y cuando eso no viene escrito en la ley penal, hay que indagarlo. (Fijémonos que uno de los argumentos para considerar inconstitucional la incriminación legal de la tenencia de drogas en dosis pequeñas para consumo personal radica en que la ley 20.771 no parecía asumir a la salud individual como bien jurídico, sino a la salud pública, y ésta no se comprometía cuando sólo estaba en juego la tenencia y el consumo personales sin efecto sobre terceros).

7— Es interesante advertir que toda esta minuciosa elaboración de índole constitucional-penal que se ha hecho por la Corte Suprema en este caso ha girado alrededor de un problema de competencia, para decidir si le correspondía a los tribunales en lo penal económico, o no. Al retraerse la delictuosidad de la conducta en cuanto contrabando, y quedar eventualmente y en todo caso el hecho investigado fuera de su tipicidad, pero alojado en otra área, confirma la sentencia recurrida en cuanto declaró la incompetencia del fuero en lo penal económico y en cuanto dispuso girar las actuaciones al Banco Central por la presunta infracción al régimen penal cambiario, y extraer testimonios a los fines de investigar la posible comisión del delito de falsedad de instrumentos públicos.



les encomendados al servicio aduanero, en tanto tenga directa vinculación con las operaciones de importación o exportación cuyo contralor incumbe específicamente a la aduana (disidencia del doctor CABALLERO).

13. — Entre los requisitos de la solicitud de permiso de embarque (cuya determinación le compete a la aduana por el art. 333, cód. aduanero y que reglamentó por resolución 4820/82) se cuenta la exigencia de la refrendación bancaria relativa a la forma en que se realizará el pago al exterior, por ende dicha certificación resulta insoslayable para el libramiento de la mercadería y el control sobre su existencia se encuentra incluido dentro de las funciones de "control aduanero" previstas por el art. 23, incs. a) y z) del cód. aduanero, esto es "ejercer el control sobre el tráfico internacional de mercadería" y "ejercer las demás funciones y facultades asignadas por disposiciones legales y reglamentarias" (disidencia del doctor CABALLERO).

14. — El uso de una supuesta refrendación bancaria falsa en la documentación aduanera, implica impedir o dificultar el adecuado control aduanero respecto del cumplimiento de una condición sin la cual la aduana no hubiera autorizado la exportación, extremo suficiente para que los hechos encuentren adecuación en el delito de contrabando. Dicha conducta, además, se agravaría por el número de protagonistas, la intervención de un funcionario o empleado público, y, finalmente, la presentación que se hiciera ante la aduana de documentos adulterados necesarios para cumplimentar la operación (art. 865, incs. a], b] y f], cód. aduanero) (disidencia del doctor CABALLERO). A. L. R.

42.190 — CS, octubre 19-1989. — L., S.A. y otros s/contrabando (L-119.XXII).

Buenos Aires, octubre 19 de 1989. — Considerando: 1º Que la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó la resolución del juez de gra-

## ALGO MAS SOBRE LAS LEYES PENALES EN BLANCO (DE NUEVO SOBRE LA DELEGACION DE FUNCIONES LEGISLATIVAS AL PODER EJECUTIVO)

Por MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN

Hace poco hemos escrito sobre el tema de la delegación de funciones legislativas al Poder Ejecutivo, más precisamente a la Administración Pública<sup>(1)</sup>, tema este que, lamentablemente, parece estar siempre de actualidad por la frecuencia cada vez mayor, y más alarmantemente con que se utiliza, y por los enormes daños que produce en el ámbito de los derechos fundamentales.

Si la delegación de funciones legislativas en la Administración Pública es descalificable en general, mucho más lo es cuando esta delegación implica la posibilidad de la Administración de dictar normas penales, tal

como sucede con las denominadas "leyes penales en blanco".

El caso que analizaremos en este trabajo es un típico ejemplo, de las lesiones que provocan a los derechos fundamentales, los desbordes del tipo que cuestionamos.

Nos referimos concretamente al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "L., S.A. y otros s/contrabando".

Del fallo comentado, surge que la causa llega a la Corte, en virtud de un recurso extraordinario interpuesto por la Administración Nacional de Aduanas, contra una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal. Esta confirmó la resolución del

(1) Ver *Nuevas reflexiones sobre la concentración del poder en el esquema actual de la sociedad*, EL DERECHO, 31 de enero de 1990.