

## **CONCURRENCIA DE AGRAVANTES**

### **Art. 865 inc. A del Código Aduanero y art. 210 del C.P.**

Las maniobras de contrabando documentado, por lo general, requieren de la concurrencia de varios actores para su comisión. Se trata de actos complejos, que requieren la participación, en términos amplios, de diversos agentes que cumplen funciones específicas dentro de la operación aduanera (importadores/exportadores, funcionarios aduaneros, proveedores, profesionales del comercio exterior, abogados, contadores, etc.), que tiene por fin ingresar o egresar mercaderías hacia o desde nuestro país.

Puntualmente respecto de la agravante prevista por el inciso a) del art. 865 del C.A., es preciso mencionar sus requisitos objetivos y subjetivos.

Su faz objetiva está dada por la existencia del hecho ilícito común (unidad material de delincuencia), mientras el elemento subjetivo se configura por la convergencia intencional de quienes participan en él (unidad anímica). Por lo tanto, el fundamento de dicha agravante reside en la mayor dificultad que implica el número de intervinientes en el hecho para el descubrimiento del contrabando por parte del servicio aduanero (cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *Delitos Aduaneros*, Ed. Mave; Bs. As., 2004, pág. 294/296).

Sin perjuicio de esta regulación específica, en el Código Penal se recepta la figura de la asociación ilícita (art. 210). El bien jurídico protegido por ese tipo penal es el orden y la tranquilidad pública. La figura exige que tres o más personas tomen parte de una estructura *organizada* con cierto grado de *permanencia*, con el propósito colectivo de delinquir. Desde el punto de vista subjetivo, requiere que el autor conozca (al menos con el grado de conocimiento exigido por el dolo eventual) que toma parte de un grupo formado, por lo menos, por dos personas más, y que el fin del grupo es la comisión de delitos. En cuanto al propósito de una agrupación de las características enunciadas, la doctrina exige que se dirija a la comisión de “*delitos indeterminados*” y que exista una “*pluralidad de planes delictivos*” (ZIFFER, Patricia, *El delito de Asociación Ilícita*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, págs. 67, 72, 73, 80 y 82)

Es decir, se exige un acuerdo de voluntades, al menos tácito, con respecto a la finalidad del grupo y que ese fin sea el de cometer delitos. Con relación a este aspecto, se ha dicho que “*no se trata de que los miembros no sepan qué delitos van a cometer, sino que tengan en sus miras pluralidad de*

*finis delictivos que no se agoten con la concreción de uno o varios hechos”* (CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 110).

Mucho se ha discutido (y se discute aún al presente) respecto de si es posible la concurrencia material de los tipos penales contenidos en los arts. 210 del CP y 865 inc. a) del Código Aduanero en hechos que involucran la comisión de maniobras complejas de contrabando.

Quienes avalan la postura de que tal concurrencia material es posible, sustentan su argumentación, fundamentalmente, en las siguientes aseveraciones: “[...] *la punibilidad del pacto no está en la punibilidad de los autores de los ilícitos que los asociados en su cumplimiento cometan, sino en el peligro que por sí implica una organización criminal de cierta permanencia...*” (confr. CNCP, Sala IV, Reg. 5138, Rta. 29/8/03 y 5281, Rta. 30/10/03); “[...] *se da un concurso real ente el delito de asociación ilícita y los que se cometan en cumplimiento del objetivo de aquélla [...]*” (CREUS, Carlos, ob. cit., pág. 113).

En el mismo sentido, se ha expresado que “[...] *La asociación ilícita es una infracción autónoma y lo que se trata de castigar no es la participación en un delito sino la participación en una asociación destinada a cometerlos, con independencia de la ejecución o no de los hechos propuestos, siendo un delito punible "per se", con independencia de los delitos que por su causa se cometan (CCC., LL-6, p.575), **pudiendo concurrir aún con delitos calificados por la intervención de tres o más personas respecto de quienes siendo miembros de la asociación participen en la comisión de los mismos [...]***” [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala 2, Reg. 151/1991, “**STEINBERG, JOSE s/Incidente de apelación de prisión preventiva**”, res. el 21/06/1991].

Puntualmente con relación a la procedencia del concurso real entre el delito de asociación ilícita y el delito de contrabando calificado por el número de intervinientes, el mismo tribunal tiene dicho que “[...] *corresponde destacar las diferencias que se advierten con la comparación de estos tipos penales en lo referente al bien jurídico protegido, naturaleza jurídica, pluralidad de sujetos activos (que en un caso constituye una circunstancia calificante, en el otro una fracción de un delito autónomo), carácter de la reunión de personas (ocasional en uno y permanente en otro), a las características en cuanto uno requiere comienzo de ejecución en el que no basta el mero acuerdo mientras que en el otro el sólo hecho de pertenecer a la asociación con cierta permanencia es suficiente y a la finalidad (en un caso*

es la de cometer uno o varios delitos determinados y en el otro, es la comisión de delitos indeterminados), diferencias que hacen imposible calificar doblemente una misma acción con aquellos tipos penales [...] Tampoco constituyen dos acciones de una misma conducta, pues la total autonomía que existe entre la asociación ilícita y el (o los) que se comete cumpliendo parte del objetivo de aquella asociación impiden considerar que se trate de un concurso ideal [...] Basta que exista en las personas que intervengan un acuerdo, concierto o convenio para que se configure la calificación por el número de personas, lo cual no obsta a que se constituya una asociación ilícita cuyo fin fuese la comisión del delito de contrabando y en cuyo caso sus miembros, aun cuando actuasen todos, responderán independientemente por sendos delitos ya que **una cosa es la asociación en sí y otra el injusto contrabando calificado por el número de personas intervinientes** [...]" [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, Reg. 556/1997, Causa n° 38.740, "RUIZ, ALBERTO ANTONIO s/Contrabando, incidente de excarcelación", sumario, resuelta el 20/08/1997].

Los detractores de esta postura sostienen, con base en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Stancanelli, Néstor E.", que resultaría atípica aquella asociación ilícita destinada a cometer delitos contra el *erario nacional*. Es que por el pronunciamiento citado, se dijo que *no se ve claramente en qué medida la supuesta organización para efectuar ventas de armas al exterior pueda producir alarma colectiva o temor de la población de ser víctima de delito alguno, pues en todo caso aquéllos habrían estado dirigidos contra el erario nacional y no contra personas en particular*" (LA LEY, 2001-F, 837; 2002-A, 240; 2002-B, 188; DJ, 2002-1-452).<sup>1</sup>

De ese modo, se cuestiona que ambas figuras tienden a la protección de bienes jurídicos diferentes, que no pueden conciliarse entre sí.

### **Arts. 864 inc. B y 865 inc. F del Código Aduanero**

Con relación a la configuración de los tipos penales contenidos en los arts. 864 inc. "b" y 865 inc. "f" del C.A., la doctrina tiene dicho que "[...] en la valoración, que consiste en asignarle un valor a la mercadería, la declaración mendaz puede manifestar un valor menor del realmente pagado, a fin de pagar menos tributos; para ello, el autor puede presentar, ante el servicio aduanero, facturas de compra falsas, en las que se consigna un

---

<sup>1</sup> Ver, a modo de ejemplo, artículos publicado en <http://www.pcram.net/post.php?mid=638> y <http://www.aduananews.com/index.php/world/item/33-la-asociacion-ilicita-y-el-contrabando-agravado>.

*valor de las mercaderías menor que el real [...]*” (conf. EDWARDS, Carlos E., *Régimen penal y procesal penal aduanero*, p. 25, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995).

En este sentido, la jurisprudencia expresó “[...] *El hecho traído a conocimiento del tribunal, es el que resulta de la confección y presentación ante el servicio aduanero de un despacho de importación en el cual se documentaron mercaderías cuyo valor declarado era menor al real, con el consecuente perjuicio fiscal por el no pago de los tributos correspondientes. Tal hecho fue calificado como delito de contrabando de importación (por subfacturación) agravado por mediar la utilización de documentación falsa necesaria para cumplimentar la operación aduanera implicada (Art. 864 inc. b) y Art. 865 inc. f) del CA [...]*” (conf. T.O.P.E. N° 2; “DONATELLI, VALENTINO FERNANDO - GRAFITOON S.A. s/ contrabando”, res el 15/07/2003).

En otro precedente, la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal consideró que el documento utilizado al que hace referencia el art. 865, inc. f del C.A., puede ser público o privado, siempre que sea necesario para cumplimentar la operación aduanera de que se trate. Ello no solo por exigirlo la norma en su parte final, sino porque, conforme el enunciado del artículo, constituye el medio para cometer el contrabando. En el caso, se sustentó la responsabilidad del imputado en razón de haberse acreditado que, como vicepresidente de la firma cuestionada, había requerido la autorización para la reimportación del buque y rubricado la Declaración de Valor en la Aduana, documento público y jurado en el que consta la certificación de su firma por parte del despachante con pleno conocimiento de que el valor que estaba declarando como base de la carga tributaria estaba siendo disimulado (C. Nac. De Casación Penal, Sala 1, causa 5907 REG 7565/05, resuelta el 8/4/2005- “Collazo Pérez, R. y otro s/ Rec. de Casación”).

## **CASUÍSTICA**

Es frecuente en la práctica encontrar grupos de personas (físicas y jurídicas) que se relacionan entre sí, formal o informalmente, con el objeto de concretar las diferentes operaciones de comercio exterior. En este sentido, también es habitual la interposición de personas (mayormente jurídicas), principalmente en la realización de operaciones importación, con el fin de ocultar al verdadero destinatario de la mercadería.

El fin de esta interposición obedece a múltiples factores y los medios utilizados para concretar las operaciones pueden ser de los más variados. No es el fin de este curso contar a los alumnos todas y cada una de las modalidades delictivas que pueden encuadrar en los tipos penales de contrabando (documentado) agravado, pero sí explicar –desde la metodología del análisis de los casos que se sometieron a estudio de los docentes- en qué supuestos se pueden encontrar hechos que encuadran en diferentes figuras penales, ya sea que los tipos concurren real o idealmente (art. 54 o 55 del CP).

Sin perjuicio de que se advirtieron casos en los que se declararon exportadores ficticios, lo cierto es que no existe una disposición administrativa que impida que las exportaciones se realicen por cuenta y orden de terceros. En el marco de los hechos que se corresponden con la concreción de operaciones de comercio exterior, el objeto de esa interposición generalmente obedecerá a la intención de sustraerse del pago de obligaciones tributarias que serán exigidas a sus representantes en razón de la exportación (pago de IVA y del Impuesto a las Ganancias), lo que se materializa en el ocultamiento del verdadero contribuyente (el real exportador) tras otro (el que se menciona con tal carácter en los documentos aduaneros respectivos).

También sucede que esa *sustitución* de la identidad del real exportador se realiza por otros motivos, por ejemplo, porque el que se hace aparecer en la documentación aduanera cuenta con un beneficio fiscal acordado (por ej. los establecidos por la ley 22.021) o porque ante el servicio aduanero éste da cumplimiento con determinados requisitos (a diferencia del real exportador, que no lo hace), lo que redundará en que la exportación se autorizaría única y exclusivamente a ese exportador ficticio. Un ejemplo de este último supuesto es cuando se fijan cupos para la exportación de determinados productos (prohibiciones económicas de carácter relativo), que se otorgan por determinadas cantidades, por un período especificado y por exportador, por motivos que previamente evalúa, generalmente, un organismo del Poder Ejecutivo (podría ser el Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Nación, por ejemplo). Recordemos que los tipos penales contenidos en la ley 22.415 remiten generalmente a otras leyes o a normativa de inferior jerarquía, cuyo cumplimiento hará posible la realización de la operación de comercio exterior de que se trate. Se dice, en consecuencia, que son tipos penales *en blanco*.

En definitiva, se declaran ante el servicio aduanero (como importadores o exportadores) a personas jurídicas que no son unidades económicas reales, sino las que vulgarmente se denominan sociedades *fantasma*, *de cartón* o *de portafolio*, que son utilizadas por otras firmas o por otras personas físicas para documentar sus operaciones aduaneras.

Cuando una *importación* se documenta a nombre de un tercero, la consecuencia inmediata es que los verdaderos interesados en la adquisición de las mercaderías logran ingresarlas a nuestro país en abierta transgresión a la norma que prohíbe realizar importaciones por cuenta de terceros (cf. Resolución ANA N° 4031/96).

De ese modo, las personas que son las verdaderas interesadas en la adquisición de las mercaderías y en su ingreso al territorio aduanero nacional se valen de ese *ardid*, que por sí mismo es jurídico penalmente relevante a la luz del art. 863 del Código Aduanero. Por otra parte, esta declaración falaz ante el servicio aduanero generalmente se encamina a asegurar el éxito de otras maniobras de contrabando adicionales que también pueden involucrar esas mismas operaciones (por ejemplo: falsificación de origen y/o “*subfacturación*” de mercaderías a través de la presentación de documentación falsa).