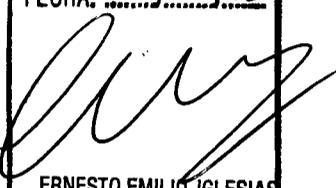


PROTOCOLIZACION
FECHA: 22/12/05

ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Res. P.G.N. N° 165 /05

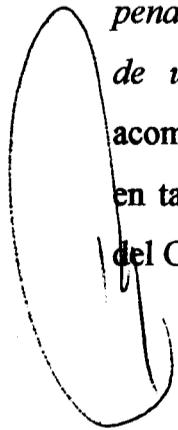
Buenos Aires, 22 de diciembre de 2005.

VISTOS:

El artículo 120 de la Constitución Nacional, las funciones encomendadas al señor Procurador General de la Nación por la Ley Orgánica 24.946 (artículo 33, incisos “d” y “e”) y el expediente interno letra M –año 2004- N° 4854, caratulado “*Mazzoni, Roberto – Fiscalía General de Cámara de Resistencia...*”;
y

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 8 de agosto del corriente año, el Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Resistencia, provincia. de Chaco -de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones PGN N° 14/88 y 9/95-, remitió a conocimiento del suscripto precedentes jurisprudenciales en los que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal de Formosa declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero que establece que: “[l]a tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado.”, en razón de que se aparta de lo dispuesto en el art. 44 del Código Penal, en cuanto dispone que: “[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad...”. Asimismo, entre los antecedentes remitidos, acompañó los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal en tales casos, mediante los cuales se sostuvo la constitucionalidad del art. 872 del Cód. Aduanero.



Que, habida cuenta del contenido de los antecedentes acompañados, y a efectos de fijar un criterio interpretativo para una adecuada y coherente actuación funcional, se remitieron las actuaciones al señor Director General de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando -UFITCO- a fin de que emitiera opinión al respecto.

Que, a fs. 53/58 del expediente interno M 4854/2005, el Dr. Mariano H. Borinsky efectuó un pormenorizado análisis de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Oral de Formosa y por el representante del Ministerio Público Fiscal en el caso, como también de la evolución legislativa de la norma en cuestión, ponderando, por un lado, la forma autónoma en que se concibe el derecho penal aduanero y la especialidad que se le asigna con relación al resto del universo penal y, por otro, el modo en que aquel derecho concibe el bien jurídico que protege. Asimismo, consideró lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "*Senseve Aguilera*" (Fallos 310:495) y "*Cinepa*" (Fallos 311:372) al rechazar los planteos de inconstitucionalidad de la norma que sancionaba con el mismo monto de pena tanto a la tentativa de contrabando como al delito consumado; doctrina que fue luego reiterada por la Cámara Nacional de Casación Penal en los casos "*Carnovali*" (Sala II, c. 2845, reg. 3696, rta. 23-11-00), "*Mansilla*" (Sala III, c. 4281, rta. 18-6-03) y "*Steiger*" (Sala IV, c. 2840, reg. 3828.4, rta. 20-12-01).

Que, a la luz del análisis efectuado en su dictamen, a cuyo texto corresponde remitirse, el titular de la UFITCO entendió que el legislador no quiso introducir una modificación en cuanto al concepto de tentativa en la legislación especial sino, únicamente, una escala penal diferente a la que se concibió para delitos de otra índole, no obstante lo cual en todo lo que la ley aduanera no regula de modo específico, el Código Penal y no otro es el que rige, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 4 del citado código y 861 del Cód. Aduanero. Expresó que el legislador, por cuestiones de política criminal ajenas al control jurisdiccional, y en el entendimiento de que de ese modo y no de otro se

PROTOCOLIZACION
FECHA: 22 JUL 05

ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

protegería mejor el adecuado control del tráfico internacional –control que enunciado en forma genérica constituye el bien jurídico resguardado por la legislación aduanera– decidió no prever una escala penal atenuada en los casos de tentativa en el delito de contrabando, como sí lo hizo respecto de otros supuestos de hecho delictivos, como por ejemplo, los contemplados en el Código Penal.

Que, por otra parte, en lo que atañe a una posible afectación a los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad –arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional– que eventualmente pudiera plantear la defensa de un imputado y de acuerdo con los cuales podría resolver un tribunal, consideró que tal como ha sido resuelto en los mentados precedentes, a la luz de la especificidad del derecho aduanero y teniendo en cuenta la escala penal que permite al juez valorar adecuadamente el grado de injusto cometido por el imputado, no existe óbice constitucional alguno. Finalmente, y con relación a los fallos del Tribunal Oral de Formosa que motivaran el presente análisis, sostuvo que éstos no lograron rebatir los serios argumentos de la Corte, no justificando adecuadamente el apartamiento de la doctrina allí sentada.

Que, por lo expuesto, el Dr. Borinsky concluyó que resultaba pertinente, a efectos de una eficaz y coherente actuación funcional, hacer saber a los fiscales que habrán de sostener la constitucionalidad de la norma contenida en el art. 872 del Código Aduanero, en cuanto establece la equiparación sancionadora entre la tentativa del delito de contrabando y el contrabando consumado, frente a un eventual planteo de inconstitucionalidad.

Que, consultado el señor Fiscal a cargo de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, Dr. Félix Pablo Crous, éste coincidió con el dictamen efectuado por el Dr. Borinsky.

Que, resultando entonces atendibles los argumentos esgrimidos por el señor Director de la UFITCO, corresponde hacerlos propios e incorporar su dictamen como parte integrante de la presente resolución.

Que, por lo tanto, a fin de promover el adecuado desenvolvimiento de los señores miembros del Ministerio Público Fiscal ante la administración de justicia, para asegurar la coherencia y unidad de actuación en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, en el marco del artículo 33, incisos d) y e), de la Ley N° 24.946, y del artículo 120 de la Constitución Nacional;

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN,

RESUELVE:

Artículo 1°: INSTRUIR a los señores Fiscales con competencia en materia penal que deberán sostener la constitucionalidad de la norma contenida en el art. 872 del Código Aduanero, en cuanto establece la equiparación de marco punitivo entre la tentativa del delito de contrabando y el contrabando consumado, frente a un eventual planteo de inconstitucionalidad.

Artículo 2°: Incorpórese el dictamen efectuado por el titular de la UFITCO, obrante a fs. 53/58 del expediente interno M 4854/2005, como parte integrante de la presente resolución.

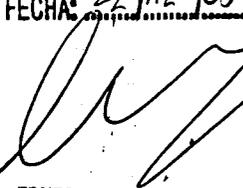
Artículo 3°: Regístrese, notifíquese a los señores Fiscales Generales que corresponda, para que por su intermedio se haga saber lo aquí dispuesto a los magistrados de este Ministerio Público que de ellos dependan, agréguese copia al expediente interno n° M 4854/2005 y, oportunamente, archívese.



ESTEBAN RIGHI
PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1

PROTOCOLIZACION
FECHA: 22/12/05



ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público

**Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
(UFITCO)**

///nos Aires, 3 de noviembre de 2005.

Llegan las presentes actuaciones a efectos de que el suscripto emita su opinión, en atención a la remisión por parte del Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Resistencia, Pcia. de Chaco -de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones P.G.N. N° 14/88 y 9/95-, de los precedentes jurisprudenciales en los que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal de Formosa declaró la inconstitucionalidad del art. 872 del Código Aduanero, por el cual se establece que “[l]a tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado.”, en razón de que se aparta de lo dispuesto en el art. 44 del Código Penal, en cuanto dispone que “[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad ...”¹. Asimismo, entre los antecedentes remitidos se encuentran los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal en tales casos.

Cabe señalar, que la consulta fue iniciada por el fiscal de juicio, quien interpuso los correspondientes recursos de casación sosteniendo la constitucionalidad del art. 872 del C.A. y, al mismo tiempo, con base en el art. 30 de la Ley Orgánica de Ministerio Público (Ley 24.946) informó al Fiscal ante la Cámara los distintos casos en los que se encontraría en discusión la constitucionalidad de la citada norma.

Que, en virtud de ello resulta necesario, para resolver la consulta efectuada por el Fiscal General de Juicio y finalmente elevada por el Fiscal General ante la Cámara al Sr. Procurador General, el análisis de la norma discutida, a efectos de fijar un criterio interpretativo para una adecuada y coherente actuación funcional.

El razonamiento seguido por el tribunal oral que concluyó en la declaración de inconstitucionalidad finalmente recurrida por el Ministerio Público Fiscal tuvo en cuenta, en primer lugar, que si el constituyente facultó al Congreso Nacional a legislar en materia aduanera (art. 75 inc. 1 de la CN) por un lado y, por otro, a dictar el Código Penal (art. 75 inc. 12 de la CN), dadas las diferencias existentes entre ambas ramas del derecho, no podría luego, sin caer en una inconsecuencia, incluir normas penales en el Código Aduanero. Esto es, si no se tiene la pretensión de caer en construcciones acientíficas, no es posible legislar de ese modo.

En definitiva, para el Tribunal Oral de Formosa, la inclusión de normas penales en el Código Aduanero, implicaría una seria asistematicidad, por creación y pervivencia de

¹ En el fallo plenario n° 2. rto. El 21/4/94, “Villarino, Martín P. y otro s/ tentativa”, la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió el modo en que ha de efectuarse la reducción de la escala penal para los casos de tentativa, contemplada en el art. 44 del CP. En tal sentido estableció que: “... la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad del mínimo de la pena correspondiente al delito consumado.”

dos sistemas penales, circunstancia que tornaría la normativa penal en un conjunto inorgánico.

Por otro lado, el tribunal oral luego de considerar someramente los argumentos dados en la discusión parlamentaria de la ley 14.129 –a la que más adelante me referiré con detalle- entendió que la equiparación sancionadora entre la tentativa del delito de contrabando y la del delito de contrabando consumado se debió, únicamente, a la voluntad del legislador de evitar las dificultades a las que deberían hacer frente las agencias del Estado para conocer el grado de ejecución alcanzado por un hecho de contrabando. Tal circunstancia, señaló el tribunal, no puede nunca ser cargada sobre el imputado, sin que ello importe violación al principio de proporcionalidad de la pena (art. 28 CN).

Finalmente, y si bien el tribunal oral al analizar el sentido y alcance del art. 4 del CP² y del art. 861 del CA³, sostuvo la posibilidad de tratar en forma diversa aquellos casos que presenten notas diferenciadoras, concluyó que esa no era la circunstancia bajo análisis, toda vez que se encontraba frente a casos análogos. Como consecuencia de ello, entendió que asignarles soluciones diversas a tales casos importaría una explícita renuncia al principio de coherencia por un lado y, por otro, la desnaturalización del postulado codificador, habilitando la existencia de más de un sistema.

A estos argumentos el fiscal de juicio contestó en su recurso que “... al declarar la inconstitucionalidad de los arts. 871 y 872 del Código Aduanero, el Tribunal Oral Federal de Formosa, dejó abierta la posibilidad para que –por interpretación analógica- se apliquen a otros casos la reducción de la escala penal aludida en los arts. 42 y 44 del CP. Ello, como resulta harto sentado, apartándose de la más variada doctrina, los precedentes jurisprudenciales de nuestro más alto Tribunal que han concluido que la inconstitucionalidad pregonada, en franca trasgresión a lo expresamente previsto por el art. 4º del Código Penal y 861 del Código Aduanero quebranta el equilibrio de los poderes constituidos, toda vez que tal pronunciamiento se vincula directamente a la actividad propia del Poder Legislativo, expresamente vedada por la Constitución Nacional al Poder Judicial, revistiendo tal actuar de ‘gravedad institucional’ que exige su inmediata revocación.” Señala por su parte, que el tribunal oral fundó la declaración de inconstitucionalidad en la contradicción existente entre preceptos de distintas leyes nacionales y no contrapuso la ley que tacha de inconstitucional con la propia Constitución. Esto es, se habría hecho prevalecer una norma de orden público general (Código Penal) sobre otra norma de orden público especial (Código Aduanero) dictadas ambas por el Congreso en uso de sus atribuciones, lo cual resultaría incongruente e inadmisibles. Por lo demás el fiscal de juicio entendió, con cita del fallo “Steiger” (Sala IV, c. 2840, reg.

² Art. 4 del CP: “Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.”

³ Art. 861 del CA: “Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones del Código Penal.”

PROTOCOLIZACION

FECHA: 22, 12, 05

ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público

Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
(UFITCO)

3828.4, rta. 20-12-01). que los motivos que habrían llevado al legislador a efectuar la asimilación punitiva de la tentativa con el contrabando consumado se encontrarían sustentados en la particular naturaleza del delito de contrabando, específicamente, en lo que hace a su comprobación. Esta y no otra circunstancia sería la que constituiría, objetivamente, la razón de la diferenciación en el trato entre la pena de la tentativa de contrabando y la tentativa de otros delitos. Por ello, no sólo no sería arbitraria la diferenciación sino que, al declarar la inconstitucionalidad del art. 872 del CA, el tribunal oral se habría inmiscuido en cuestiones de política criminal, ajenas a la órbita jurisdiccional.

Ahora bien, sentados los argumentos esgrimidos por el Tribunal Oral de Formosa y por el representante del Ministerio Público Fiscal en el caso, señalaré los motivos por los cuales, a mi criterio, ha sido acertada y debe ser mantenida la posición del Ministerio Público Fiscal, en cuanto postula la constitucionalidad de la norma discutida.

Resulta ilustrativo, en primer lugar, atender a la evolución legislativa de la norma en cuestión. Si se tienen en cuenta las discusiones que se generaron en torno a la equiparación sancionadora de la tentativa del delito de contrabando y el delito de contrabando consumado, se advierte que el legislador adoptó y mantuvo, pese a las distintas modificaciones que introdujo a lo largo de los años en la legislación aduanera, el mismo monto de pena tanto para la tentativa como para la consumación.

En tal sentido, resulta central el análisis de la discusión generada en torno al proyecto de la ley 14.129 –finalmente aprobado–, primer caso en el que apareció legislada la figura de la tentativa en la normativa específicamente aduanera y la observada con relación a la ley 22.415, actualmente vigente.

Por otra parte, se debe tener presente la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la de la Cámara Nacional de Casación Penal y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico⁴, las cuales sostuvieron en forma pacífica la constitucionalidad de la equiparación sancionadora. Por lo demás, no ha sido otra la posición sostenida en doctrina.

En consecuencia, adentrándome en el estudio de la solución adoptada por la legislación aduanera para la tentativa, he de referirme a la discusión parlamentaria efectuada con motivo de la sanción de la ley 14.129, de fecha 23 de julio de 1952.

En aquella oportunidad, los legisladores, luego de señalar *in extenso* la importancia de una legislación aduanera con las características que se promovían en el proyecto, a las que consideraban necesarias para perseguir eficazmente el contrabando, discutieron los distintos artículos que componían el proyecto normativo. Al analizar el art. 8 del citado

proyecto —el que, merced al ordenamiento de la ley a través del decreto 15.903 de 1956 se convirtió en el art. 194—, los legisladores hicieron hincapié en el modo de concebir la tentativa y en el sentido de la equiparación sancionadora entre aquella y el contrabando consumado (cfr. págs. 589 y ss. del Diario de Sesiones de Diputados). Cabe aclarar, por último, que el nuevo ordenamiento de la Ley de Aduana, a través del decreto 4513/62 también mantuvo el texto cuya discusión parlamentaria se cita en lo que sigue.

En lo que atañe al problema en estudio, el diputado Bustos Fierro manifestó, contestando al planteo de la minoría que: *“La disposición del art. 8º asimila la penalidad del delito pleno o consumado, según la definición que dan los doctrinarios, con la del autor de tentativa del mismo. Desde luego que esta asimilación aparece en un relativo conflicto de tentativa del mismo. Desde luego que esta asimilación aparece para toda la materia con las disposiciones que el Código Penal tiene preestablecidas para toda la materia incriminable en general. El Código Penal en vigencia, según conocen los señores diputados, hace una discriminación entre el delito pleno o consumado y el delito tentado y no consumado, y establece una disminución de pena para el autor de la segunda clase de infracción, disminución de pena que a tenor del artículo 44 de nuestro código aplicará el juez disminuyendo la escala de sanción de un tercio a la mitad. Esta es la solución que da el código, de la cual, repito, la ley que estamos tratando se aparta, porque identifica, a los fines de la sanción, al autor de la tentativa y al autor del delito pleno. La discrepancia que la ley señala con respecto al código de fondo, como bien se ve, es simplemente de escalas. Por la ley en debate aplicamos una asimilación de pena total, vale decir, que nos apartamos de la disminución del tercio a la mitad que consagra el Código Penal, única diferenciación que en materia de imputabilidad de delito hace la ley de fondo. El señor diputado preopinante ha dicho en su reciente exposición, que al hacer esta asimilación se configura una vez más el carácter represivo y sancionador que tiene esta ley. Nosotros, desde luego, en tal sentido no tenemos discrepancia contra el argumento y, por el contrario, lo hemos dicho en una forma taxativa. Aspiramos a que esta ley sea un instrumento francamente idóneo para reprimir los delitos de esta especie en todas sus gamas o matices. Precisamente por la gravedad del problema, por la importancia que el mismo tiene, observado en todas sus facetas, hemos dado nuestro asentimiento a esos caracteres de la ley. (...) la tentativa como el delito pleno —tercera y cuarta etapas del iter criminis— son punibles dentro del Código Penal en vigencia y dentro de toda la doctrina penal. De modo que, señor presidente, la solución que da el artículo sobre este punto no diverge de la solución que da el Código Penal en lo que respecta al delito en general nada más, repito, que en la supresión de las escalas disminutivas que señala el artículo 44 del Código Penal. (...) En consecuencia, sostengo, como decía hace un momento, que la única diferencia que se establece en este particular de la ley que consideramos, con*

⁴ CNAPE, Sala B. “Suiz. Elida Haydee s/ contrabando de estupefacientes”, rta. 5/4/99 entre otros, cuyos argumentos no se reproducirán en el presente, en razón de no diferenciarse de aquéllos utilizados por la CSJN y la CNCP que sí serán desarrollados en el presente dictamen.

respecto al Código Penal, es la eliminación de la ventaja establecida en el Código Penal para el autor de tentativa, a quien se le rebaja la penalidad de un tercio a la mitad. En la ley en discusión asimilamos totalmente la sanción penal de la tentativa y la del delito consumado. Los móviles que nos llevan a esta identificación son de diverso orden. En primer lugar, en el campo puramente doctrinario no está tan terminantemente separada la represión de la tentativa de la represión del delito consumado. (...) El doctor Soler, en la página 222 de su tratado, dice que el problema de la tentativa tiene que ser resuelto en concreto 'con referencia a la figura que se tiene en consideración'. 'Esa relatividad es sobre todo referida a la figura delictiva que está en consideración.' 'Un criterio general y válido para todos los casos, no solamente es imposible sino que contraría el sentido de la necesaria tipicidad delictiva de toda acción.' Vale decir que deja admitido el doctor Soler, con esos conceptos, que no se puede en materia de tentativa aplicar los mismos criterios para todo género de delitos, sino que debe atenderse a la tipicidad de la figura delictiva que establece la ley. (...) En el campo doctrinal hay divergencia de opiniones sobre si la tentativa debe ser totalmente asimilada al delito pleno o no. En cuanto al campo del derecho positivo argentino, el artículo 44 del Código Penal morigerado de un tercio a la mitad la condena del autor de tentativa. Lo que la ley en discusión innova en este sentido es simplemente la identificación de pena en ambos casos. De manera que puede comprobar el señor diputado que no estamos chocando con soluciones que son estrictamente doctrinarias, ni estamos chocando tampoco con las soluciones del código al respecto—que también admite excepciones—, y ello porque la tipicidad del delito que estamos tratando de reprimir lo exige así. Considero necesario señalar, asimismo, que por sus caracteres típicos el delito de contrabando, una vez consumado, aleja de la aplicación de la ley nacional a los efectos que han sido contrabandeados, vale decir, a uno de los elementos integrativos del delito. Una vez que este delito ha sido consumado, una vez que los elementos contrabandeados han pasado la frontera, queda fuera del ámbito de la ley nacional uno de los elementos integrativos del delito. Por ello, la tipicidad propia del delito de contrabando, a más de las razones que dimos en el debate general, exige dar una solución como la proyectada, que se funda en motivos de carácter doctrinal y sin establecer con el código vigente otras diferencias que las que dejo señaladas, teniendo en cuenta la específica tipicidad del delito de contrabando y los caracteres que el asume, de gran importancia para la vida contemporánea.' (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, y ya en la legislación vigente, se siguió manteniendo el criterio de la equiparación sancionadora de la tentativa de contrabando y el contrabando consumado. Si se atiende a la exposición de motivos de la ley 22.415, en lo que hace a la discusión sobre la regulación de la tentativa, se señaló que: "El art. 872 corresponde al art. 190, apart. 1,

Ministerio Público
 Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
 (UFIITCO)



PROTOCOLIZACION
 FECHA: 22-12-105
 ERNESTO EMILIO IGLESIAS
 PROSECRETARIO LETRADO
 PROCURACION GENERAL DE LA NACION

de la Ley de Aduana manteniéndose el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las mismas penas que corresponden al delito consumado, pero se introduce una variante de redacción que se considera técnicamente más correcta ya que destaca que la equiparación reside en el aspecto punitivo. Se ha mantenido el criterio de equiparación de penas, que constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (Código de Aduanas de Francia, art. 409), en razón de que la modalidad de delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes. Ello justifica el apartamiento de las reglas del derecho penal común.” (en Exposición de Motivos, Código Aduanero de la República Argentina. Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 310).

Como se advierte, el legislador por cuestiones de política criminal, ajenas al control jurisdiccional y en el entendimiento de que, de ese modo y no de otro, se protegería mejor el adecuado control del tráfico internacional, control que enunciado en forma genérica constituye el bien jurídico resguardado por la legislación aduanera, decidió no conceder la ventaja de una menor punición para los casos de tentativa en el delito de contrabando, como si lo hizo respecto de otros supuestos de hecho delictivos, tal como por ejemplo, los contemplados en el Código Penal.

Ello así, fundamentalmente por dos razones, por un lado la forma autónoma en que se concibe el derecho penal aduanero, la especialidad que se le asigna con relación al resto del universo penal y, por otro, el modo en que aquel derecho concibe el bien jurídico que protege.

En cuanto a la autonomía y carácter especial del derecho penal aduanero ha de señalarse que el art. 4 del CP, en cuanto establece que “Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.”, descarta la aplicación a los delitos previstos en las leyes especiales de los principios de política criminal que constituyen la base de la incriminación de conductas con relación a las cuales se organizan las distintas clases de delitos e, incluso, las conclusiones dogmáticas a las que eventualmente pueda llegarse en el estudio de los distintos ilícitos.⁵ En concreto, se ha dicho que “... la norma supletoria en análisis, únicamente surte efecto para unificar, en cuanto fuere pertinente, los criterios generales reguladores de la imputación delictiva y de la pena ..., pero no autoriza a intervenir en menoscabo de la autonomía de la cual gozan los órganos legislativos constitucionalmente habilitados para describir de la forma en que crean conveniente las conductas punibles y elegir las consecuencias jurídicas que estimen más apropiadas.”⁶

Por otra parte, es claro, que si “[el] control que constituye el bien jurídico del delito de contrabando es aquél que ejerce el servicio aduanero sobre mercaderías que ingresan o

⁵ En tal sentido, cfr. Medrano, Pablo H., Delito de contrabando y comercio exterior, Buenos Aires, Ed. Lerner Libreros, 1991, pág. 119.

⁶ Medrano, Pablo H., Op. cit., pág. 119 y 120.

PROTOCOLIZACION

FECHA: 22, 12, 05

ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público

Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
(UFITCO)

ingresan hacia o desde un territorio aduanero (general o especial), y que está enderezado única y exclusivamente a posibilitar el ejercicio de las funciones de percibir los tributos específicamente aduaneros, aplicando eventualmente, los estímulos o beneficios correspondientes (devoluciones, reintegros y reembolsos), y haciendo cumplir el régimen de prohibiciones que en relación a las importaciones y a las exportaciones se establezcan.”⁷, no es sino la mera afectación al control, lo que produce una violación al tipo penal.

De hecho, no se encuentra discutido en doctrina el carácter de bien jurídico otorgado al control que el servicio aduanero desarrolla sobre las importaciones y las exportaciones, sino, en todo caso cuáles serían las funciones implicadas en tal control. En tal sentido, y de acuerdo con Medrano, entiendo que tales funciones no son sino aquellas que estructuran el tipo penal. Por ello, puede sostenerse que la mera afectación al control produce ya una violación al tipo penal.

Es claro entonces, que el legislador haya mantenido la equiparación sancionadora de la tentativa de contrabando y el contrabando consumado, pese a las distintas modificaciones introducidas en la ley, en la conciencia de que los delitos contemplados en el Código Aduanero generalmente se detectan cuando “se quieren cometer” (tentados), advirtiendo el problema de política criminal implicado, esto es, que la reducción de pena prevista en el art. 44 del Código Penal, restaría efectividad a la norma, desde el punto de vista preventivo general. La ponderación realizada por el legislador sobre el modo en que han de protegerse los distintos bienes jurídicos, en tanto no resulte arbitraria o irrazonable no puede constituir nunca un problema de índole constitucional.

Por su parte, la Corte, en los precedentes “Senseve Aguilera” (Fallos 310:495) y “Cinepa” (Fallos 311:372) rechazó los planteos de inconstitucionalidad de la norma que sancionaba con el mismo monto de pena tanto a la tentativa de contrabando como al delito consumado.

En tal sentido, *in re* “Senseve Aguilera” señaló: “(...) para sostener la irrazonabilidad de la equiparación legal que invoca [el recurrente], debió al menos hacerse cargo de los argumentos que tuvo el legislador para esa equiparación, pues no basta al efecto la mera impugnación genérica de irrazonabilidad sino que resulta necesario vincularla con los fundamentos del dictado de la ley. Además, tampoco demuestra que, no obstante la amplitud con que el legislador concibió la escala penal del art. 866, que provee al juez de la libertad necesaria para individualizar la pena según cada caso concreto sometido a juzgamiento, esa desproporción pueda tenerse por cierta sólo por la mera equiparación. Finalmente, no se acredita en concreto el gravamen que ocasiona a los recurrentes lo decidido por el *a quo*, porque aun cuando no fuera aplicable el art. 872

⁷ Medrano, Pablo H., Op. cit., pág. 175.

del Código Aduanero, la escala que resulta de la regla del art. 44 del Código Penal, y la pretensión de que dentro de esa escala concretamente aplicada fuera menor remitiría a temas ajenos al remedio federal (...)" (no resaltado en el original).

En este caso, insiste lo Corte –al igual que en otros precedentes– en que no basta para tachar de irrazonable una norma su impugnación genérica sino que debe ser puesta en relación con los argumentos dados por el legislador a la hora de dictarla. Es en esos argumentos, precisamente, en los que aflora la política perseguida o tenida en miras por el legislador, para una mejor prevención y persecución del delito de contrabando. Resulta claro que, esta decisión, como se dijo, sólo compete al poder legislativo.

Por su parte, *in re* "Cinepa" la Corte sostuvo que: "(...) las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonice con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 296:22, sus citas y muchos otros); y que las distintas hipótesis que tipifican el contrabando, contenidas en el art. 187 de la Ley de Aduana (t.o. 1962), pueden resumirse en la del inc. f) del artículo citado (Fallos: 296:473). Se sigue pues, del estudio de las disposiciones antes mencionadas que no hubo variación alguna respecto de la tentativa, la cual se legisló equiparándola sólo a los fines de la pena, al contrabando consumado. Tal criterio se mantuvo en el Código Aduanero pero con mayor claridad, pues se le asignó un capítulo separado al conato de contrabando, definiendo el art. 871 a la tentativa en base al concepto del art. 42 del Código Penal, a la vez que en el art. 873 se estipuló un supuesto especial de tentativa de contrabando."⁸ (el resaltado me pertenece).

Asimismo, en este precedente, en particular en el considerando 8º) del voto del Dr. Petracchi, se puntualiza que: "(...) corresponde considerar la influencia que tiene el art. 188, último párrafo, de la Ley de Aduana (t.o. 1962), en cuanto dispone que 'la tentativa de contrabando será reprimida como si el delito se hubiera consumado'. El origen de esta equiparación se remonta al art. 8º de la ley 14.129, cuyo debate parlamentario contiene importantes elementos para su exégesis. En efecto, en el Mensaje de Elevación al Congreso se explica la norma concordándola con la disposición del art. 1º que aclara que la existencia de contrabando es independiente de que medie o no perjuicio fiscal, y en la discusión que en particular se realizó en la Cámara de Diputados se aclaró expresamente que no se modificaban las soluciones que al problema de la tentativa da el Código Penal, sino

⁸ Se transcriben aquí los artículos a los que se hace mención: art. 871 del C.A. "Incurrir en tentativa de contrabando el que, con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad." Art. 873 del CA, "Se considera supuesto especial de tentativa de contrabando la introducción a recintos sometidos a control aduanero de bultos que individualmente o integrando una partida, contuvieren en su interior otro u otros bultos, con marcas, números o signos de identificación iguales o idóneos para producir confusión con los que ostentare el envase exterior u otros envases comprendidos en la misma partida. El responsable será reprimido con la pena que correspondiere al supuesto de contrabando que se configurare." Art. 42 del C.P., "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no la consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.



PROTOCOLIZACION
 FECHA: 22/12/05
 ERNESTO EMILIO IGLESIAS
 PROSECRETARIO LETRADO
 PROCURACION GENERAL DE LA NACION

Ministerio Público

*Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
 (UFITCO)*

sólo se equiparaba la pena de la tentativa a la del delito consumado (...) la equiparación entre el contrabando y la tentativa lo es sólo a los fines de la sanción (...)” (el resaltado me pertenece).

Por su parte, las Salas II, III y IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no se apartaron en ningún momento de la doctrina desarrollada por la Corte en los precedentes citados. Véase, en tal sentido, los casos “*Carnovali*” (Sala II, c. 2845, reg. 3696, rta. 23-11-00), “*Mansilla*” (Sala III, c. 4281, rta. 18-6-03) y “*Steiger*” (Sala IV, c. 2840, reg. 3828.4, rta. 20-12-01).

En “*Carnovali*”, se tuvo en cuenta, en primer lugar, que la declaración de inconstitucional es un hecho de suma gravedad, última ratio del orden jurídico y que, por lo demás, la evaluación acerca del acierto o error, mérito o conveniencia de una solución legislativa resulta ajena a la labor jurisdiccional. Puntualmente, con relación a la equiparación sancionadora de la tentativa de contrabando y el contrabando consumado se esgrimieron como argumentos, por un lado, que la modalidad del delito no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como el resto de los delitos; se hizo referencia al arraigo que la norma tenía en la legislación y por último, a la completa libertad del juez para graduar la pena, dada la escala penal. En consecuencia, no resulta irrazonable la equiparación cuestionada.

En “*Mansilla*” se apuntó que las reglas de los art. 42 y 44 del CP se encontraban desplazadas en el caso, en razón de lo dispuesto por el art. 4 del CP y los arts. 861 y 872 del CA. En apoyo de esta tesis la CNCP recurrió al precedente “*Senseve Aguilera*” de la Corte, ya explicitado. Entendió asimismo, que la asimilación punitiva de la tentativa con el contrabando tenía su base en una cuestión objetiva, cual es la particular naturaleza del delito de contrabando, específicamente en lo que hace a su comprobación. La circunstancia referida no torna arbitraria su equiparación y, por tanto permite sostener la constitucionalidad del art. 872 del CA. Finalmente refirió, como en el caso anterior, que se trataba de una cuestión de política criminal, hecho que excede cualquier pronunciamiento jurisdiccional.

En “*Steiger*”, el razonamiento fue el utilizado en los dos precedentes referidos en los párrafos anteriores y explicitados por el suscripto al reproducir los argumentos del fiscal de juicio.

En definitiva, el criterio siempre ha sido no introducir una modificación en cuanto al concepto de tentativa en la legislación especial sino, únicamente, una escala penal diferente a la que se concibió para delitos de otra índole. Por su parte, en todo lo que la ley aduanera no modifica las disposiciones del Código Penal éste y no otro es el que regula, de

conformidad con dispuesto por los arts. 4 del citado código y 861 del C.A.⁹ Con esto, se advierte que se trata claramente de una cuestión de política criminal cuya posibilidad de discusión se halla fuera del alcance tanto del Ministerio Público Fiscal como del Poder Judicial.

Los problemas en torno a una posible afectación a los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad –arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional- que eventualmente pudiera plantear la defensa de un imputado y de acuerdo con los cuales podría resolver un tribunal, se encuentran, como se refirió, resueltos.

En primer lugar, no puede existir afectación al principio de igualdad porque el sistema aduanero, con la especificidad que lo caracteriza contempla situaciones que no permiten establecer una exacta equivalencia con las situaciones contempladas en el resto de la legislación. Esto es, su modo de prevenirlo y perseguirlo, resorte que compete al poder legislativo, no puede ser nunca idéntico. Por lo demás, como claramente surge de la doctrina y la jurisprudencia, no existe diferencia en cuanto al concepto genérico de tentativa, lo cual podría quizá generar algún tipo de problema con relación al resto del sistema de normas penales, sino sólo en cuanto al monto de pena. En concreto, no se advierte diferente trato legal a situaciones de hecho idénticas sino, por el contrario trato distinto a situaciones de hecho diversas. Es claro que, esta distinción resulta valedera.

Por su parte, como ya se explicitó el derecho aduanero goza de una especificidad y autonomía que no hacen sino habilitar diferencias de trato a la hora de concebir el modo de prevenir y perseguir el delito de contrabando.

En segundo lugar, la equiparación sancionadora en estudio de ningún modo genera problemas a la labor jurisdiccional a la hora de individualizar la pena, toda vez que el juez cuenta con una escala penal que le permite valorar adecuadamente el grado de injusto cometido por el imputado.

En tercer lugar, y en particular en lo que a la crítica de los fallos del Tribunal Oral de Formosa se refiere, cabe destacar que los argumentos que permitieron arribar al resultado discutido no lograron rebatir los serios argumentos de la Corte, no comprendiéndose, en consecuencia el apartamiento de la doctrina allí sentada. En tal sentido ha de señalarse que *“... es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus decisiones no obligan sino en el caso en que fueron dictadas y los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina establecida aún para decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional (Fallos 280: 430; 301: 198; 302: 748; 307: 207; 308: 1575; 320:1891; entre otros). Sin embargo aquel apartamiento no puede ser arbitrario o infundado, ya que los jueces inferiores tienen el deber moral e institucional de conformar sus decisiones a aquellos precedentes (Fallos 212: 251), por lo que sólo debe*

⁹ El art. 861 del C.A. establece: “Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal.”

PROTOCOLIZACION

FECHA: 22/12/05

ERNESTO EMILIO IGLESIAS
PROSECRETARIO LETRADO
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ministerio Público

Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando
(UFITCO)

gener lugar cuando se introduzcan nuevos argumentos no considerados por la decisión del
Alto Tribunal (Fallos 307: 1094; 311: 1644; 323: 2322).¹⁰

No obstante ello, tampoco surge de los fallos de mención, el señalamiento puntual a la afectación de garantías constitucionales, ni se advierte en la argumentación una clara confrontación entre lo dispuesto en la normativa aduanera y la propia Constitución Nacional, circunstancia que no permite explicar como *ultima ratio* la declaración de inconstitucionalidad. Toda vez que las normas discutidas han sido dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad, declarar su inconstitucionalidad reviste una cuestión de suma gravedad. Ello así, en razón de que no se supone inconsecuencia en el legislador sino todo lo contrario y, por tanto, la obligación de declarar la inconstitucionalidad de una norma sólo surge cuando, confrontada ésta con la cláusula constitucional, aquélla resulte manifiestamente en desacuerdo con la Constitución Nacional. Si la repugnancia con la norma constitucional no ha sido manifiesta, clara e indudable, no puede declararse su inconstitucionalidad sin que exista un avasallamiento del poder judicial por sobre el legislativo, poder encargado, precisamente, de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241 y 1087; 314:424; entre otros). *Debe analizarse cada caso sobre la base de una regla hermenéutica con arreglo a la cual la incongruencia o falta de previsión no se supone en el legislador y, por esto, se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse computando la totalidad de sus preceptos, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto* (C.S.J.N. Fallos 303: 1965; 304: 794, 954, 1733, 1820; 305: 538; 306: 721; 307: 518; 314: 458; entre otros).

Por lo expuesto, entiendo que:

Resulta pertinente, a efectos de una eficaz y coherente actuación funcional, hacer saber a los fiscales, de compartir el criterio del suscripto, que habrán de sostener la constitucionalidad de la norma contenida en el art. 872 del Código Aduanero, en cuanto establece la equiparación sancionadora entre la tentativa del delito de contrabando y el contrabando consumado, frente a un eventual planteo de inconstitucionalidad.

Mariano H. BORINSKY
DIRECTOR GENERAL
U. F. I. T. C. O.

¹⁰ CNAPE. Sala B, causa N° 49.880, orden N° 17.446, reg. N° 654/2003, rta. 24/9/03.