

Inconstitucionalidad de los artículos 871 y 872 del  
Código Aduanero

La Nación Argentina adoptó para sí la forma republicana de gobierno. Para decirlo con palabras de **Alberdi**: *«La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional»* ("Escritos póstumos" t. X p. 125).

Así las cosas, la atribución de competencias discernida en la **Constitución Nacional** es clara. Por una parte, facultó al Congreso Nacional a legislar en materia aduanera (**artículo 75, inciso 1º**) y, por otra, a dictar el Código Penal (**artículo 75, inciso 12**). La diferenciación es absolutamente correcta porque reconoce las importantes disimilitudes que existen entre ambas ramas del derecho.

La inclusión de normas penales en el Código Aduanero es acientífica. Ciertamente, hay delitos que específicamente afectan al servicio aduanero, pero deben ser objeto de tratamiento penal y no aduanero. Por ejemplo, el **Código Civil (Libro I, Sección Primera, Título III)** regula los derechos de las personas por nacer, pero el delito de aborto se encuentra tipificado y sancionado por el Código Penal.

Sin embargo, la asistematicidad no es un mero problema teórico, solucionable con el análisis dogmático de las disposiciones en conflicto. En materia penal, la **Constitución Nacional** atribuyó al Congreso de la Nación la facultad de

dictar el *código* de la materia. Debe destacarse que ello importó un claro apartamiento de una de sus principales fuentes. El proyecto de Alberdi deparaba la facultad de «*Legislar en materia civil, comercial y penal*» (**artículo 67, inciso 5º**). La explicación la proporcionaba el propio Alberdi: "Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una evolución natural, como lo es todo organismo animado (...) un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible e indefinido porvenir" ("Escritos póstumos" t. VIII p. 35).

Ahora bien, a mediados del siglo XIX, cuando se sancionó la Constitución Nacional, el concepto de código no devengaba la menor duda. La codificación, como técnica jurídica, representaba una superación de la compilación, la recopilación y la consolidación de normas. Según **De Ruggiero** la codificación puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica (citado por **Llambías** "Tratado de Derecho Civil - Parte general" tomo I página 161). Tan clara era la voluntad política al organizarse la Nación que -a poco de sancionarse la Constitución nacional- en virtud de la ley 12, del 30 de noviembre de 1854, se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión que redactara, entre otros, el código penal, autorización que se reiteraría -luego de la reincorporación de Buenos Aires- por ley 36 del 6 de junio de 1863.

Sentado lo anterior, existe generalizada coincidencia sobre las notas que definen a un código: *unidad, exclusividad y sistematicidad* (**Llambías**, obra citada, página 164). Cobra relevancia para el presente análisis la mencionada en último término.

Al respecto se ha sostenido: «Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un sistema normativo» (Alchourrón - Buligyn: "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales" primera parte, capítulo cuarto, sección 4; Buligyn: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos" en Revista Digital "Doxa" N° 9).

Los mismos autores definen las propiedades formales de los sistemas normativos: *completitud*, *independencia* y *coherencia* (obra citada, sección 7).

Bajo estas premisas, los **artículos 871 y 872 del Código Aduanero** -a simple vista- se perciben como contradictorios del sistema consagrado con carácter general por los **artículos 42 y 44 del Código Penal**. Ello no necesariamente determina incoherencia, pues los **artículos 4 del Código Penal y 861 del Código Aduanero** autorizarían el tratamiento diverso si los casos con que se encuentran relacionados presentasen notas diferenciadoras.

A fin de individualizar las propiedades del caso relacionado con la consecuencia normativa impugnada resulta necesario acudir a la exposición de motivos que auspició la presentación del proyecto (tal como lo reclamara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*Senseve Aguilera y Peinado Hinojosa*", fallada el 12 de marzo de 1987, publicada en Fallos 310:495).

La Comisión Redactora explicó: «el artículo 872 corresponde al artículo 190 apartado 1 de la Ley de Aduanas, 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 (ver por ejemplo, Código de Aduanas de Francia, artículo 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 al apartamiento de las reglas del derecho penal común». En el mismo sentido, **Vidal Albarracín**: "Delito de contrabando" p. 154 y **Tozzi**: "Derecho Penal Aduanero", p.63.

Hay que comenzar por señalar que el mencionado artículo del Código Francés consagra una solución de diferente técnica jurídica. No equipara las penas, equipara la tipificación. Expresa «*Toute tentative de délit douanier est considérée comme le délit même*» ("Toda tentativa de delito aduanero es considerada como el delito mismo").

De todas maneras, la cita es inapropiada pues en el sistema penal francés no existe una escala penal privilegiada como en el ordenamiento argentino. En el **artículo 121, sección 5**, del **Código Penal Francés** se define a la tentativa y, respecto a cada delito o grupo de delitos, en la parte especial se atribuyen las mismas consecuencias a la tentativa o a su consumación. Bien pudo

el codificador argentino adherir a este sistema, de filiación subjetiva (disvalor de acto), pero no puede -sin razones que justifiquen la diferencia- crear dos sistemas, pues ya no habría código (**artículo 75, inciso 12**, de la **C.N.**), sino un conjunto inorgánico de normas.

La tesis invocada (proveniente del Código de Aduanas Francés) pierde terreno en el espacio jurídico europeo. Así, en el Libro Verde de las comunidades europeas, presentado en Bruselas el 30 de abril de 2004, sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las penas en la Unión Europea, se sostiene *«En general, para la tentativa, bien porque el juez tenga un margen de discrecionalidad (en Austria, Alemania, Dinamarca, Francia e Irlanda), bien porque así esté expresamente previsto por la ley (en Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido), existe la posibilidad de prever penas menores que para la infracción consumada. En estos casos, la disminución de la pena se suele calcular en relación con la pena establecida para el delito consumado»*.

En el mismo sentido, **Tiedemann** enuncia los que considera como "núcleo duro" de reglas y principios de la Parte General del Derecho Penal: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, reconocimiento de los derechos de necesidad y conflicto, la doctrina de la autoría y participación, del error, de la tentativa y de los concursos. Sugiere que coinciden con las estructuras lógico-objetivas de **Welzel** (cfr. "Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte General" publicado en website de la Universidad de Friburgo Anuario 2003). Similares lineamientos pueden verificarse en el "Draft Codes of Crimes" aprobado por la 48°

Asamblea General de las Naciones Unidas (Artículo 2 "Individual responsibility") y en el Estatuto de Roma (Artículo 25 "Responsabilidad penal individual").

Al considerar las razones que en ese sentido se expusieron se advierte que fincan en dificultades probatorias "en los casos más usuales". Más allá de la dudosa corrección del adjetivo empleado, la afirmación es apodíctica e implica un argumento de autoridad, descalificable en términos lógicos. No sólo no está demostrado que sea así, sino que los numerosos fallos -de la jurisprudencia nacional y extranjera- en que se imponen condenas por el delito de contrabando en grado de tentativa concurren a refutar la proposición.

Aunque fuese de otro modo, las dificultades que eventualmente tuvieren las agencias del Estado para deslindar en el plano fáctico el grado de ejecución alcanzado por un hecho de contrabando, mal podrían cargarse en disfavor de un condenado. Tal solución importaría una desproporción violatoria de lo previsto por el artículo 28 de la Constitución Nacional y una transgresión del principio kantiano según el cual el hombre nunca puede ser considerado un medio para la consecución de algún fin.

En verdad, la intención de los proyectistas que subyace en la propuesta es explicitada por **Machado Pelloni**: "Una reflexión sobre la tentativa de contrabando, su punibilidad y la anunciada reforma del Código Aduanero" (publicada en JA 1998-IV:621), a saber: una respuesta ejemplarizadora tendiente a hacer desaparecer el delito. Ilusión que refuta con la frase del marqués de Beccaría "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes

frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas...". Con diferente enfoque, pero similares consecuencias ver la nota de **Murature**: «Análisis de la tentativa de contrabando y el delito consumado respecto a sus penas» (publicado en website aduana-news.com.ar).

En definitiva, puesta en evidencia la trama racional que dio fundamento al apartamiento del sistema general de derecho penal, no se detectan propiedades o notas autosuficientes que den andamio axiológico a la diferenciación.

Por lo tanto, asignar a casos análogos integrantes del universo de casos soluciones diversas importaría una explícita renuncia al principio de coherencia que caracteriza a los sistemas normativos y, en grado mediato, la desnaturalización del postulado codificador con que el constituyente limitó al legislador. La vigencia de más de un sistema es contraria a lo previsto por los artículos 75, inciso 12, 28 y 31 de la Constitución Nacional.

Ahora, la presencia del vicio denunciado tiene su raíz en la previsión del artículo 871 del Código Aduanero en cuanto reproduce normativamente, y es casi igual en lo literal, la disposición del artículo 42 del Código Penal. La enunciación reiterativa tuvo por finalidad el diseñar un para-sistema que fuese funcional al tratamiento diferenciado.

En fallos anteriores que han tratado similares planteos se ha sostenido como válida la relativa discrecionalidad del legislador para fijar las penas en función a criterios de política criminal prevalecientes en cada circunstan-

cia histórica. Tal afirmación es verdadera. Lo que no puede, es legislar en materia penal de manera asistemática.

A modo de excursus final, debo mencionar la opinión de **Ferrajoli** quien sostiene que la inflación penal «ha hecho retroceder al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, parecida a la premoderna, cuando el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes y el predominio de las prácticas, habían generado en la cultura iluminista la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos en tutela de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces». Propone la introducción en la Constitución de una "metagarantía" a la que denomina "reserva de código" para tutelar las garantías penales y procesales de las intervenciones excepcionales y ocasionales del legislador ordinario y evitar la inflación penal protegiendo al código del legislador y devolviendo al derecho penal su naturaleza de extrema ratio. Esta reserva de código «debería implicar que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deberían estar contenidas en el Código Penal o Procesal, y que ninguna pueda introducirse si no es a través de una modificación, que se aprobará por procedimientos legislativos agravados» (Atienza-Ferrajoli: "Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho" ps. 105/107 -pub. por UNAM en México 2005; Ferrajoli: "Garantías" en la revista homónima edición de diciembre de 2000 en website defensapública.org.ar).

Coincidiendo con este pensamiento Luiz Flavio Gómez expuso «Una vez concretado el gran esfuerzo de descriminalización, codificando

(solamente) lo que es importante, se impone enseguida dotar a ese nuevo ordenamiento jurídico de dos garantías fundamentales: a) reserva de código (nada puede ser disciplinado fuera del Código y b) reserva de leyes complementarias (cualquier cambio en el Código sólo puede ser hecha por medio de una ley complementaria que exija de quorum calificado» ("Caos normativo-penal: consolidación de las leyes o descriminalización?").

A su turno, **Mantovani** sostiene: «es necesario concluir resignadamente que el Derecho Penal, abandonado el ideal iluminista de las leyes "pocas", "sencillas", "claras" y "estables", por la realidad de las leyes "muchas", "complejas", "confusas" e "inestables", ha entrado en la era irracional de la descodificación y de las legislaciones especiales: esto es, la era de la nebulosa de las leyes penales usadas como instrumento de gobierno de la sociedad y no como tutela de bienes; de las leyes de compromiso, de formulación indeterminada y estimativa; de las leyes privilegiadoras de potentes grupos sociales; de las leyes vacías, simbólicas, mágicas, destinadas tan sólo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad». Propone como solución la racionalización del derecho penal mediante la recuperación de la *centralidad* del Código Penal y la complementariedad marginal de la legislación especial bajo estas directrices: a) restitución al Código Penal de los delitos descentrados; b) el enriquecimiento del C.P. con los nuevos tipos de protección de los bienes jurídicos emergentes; c) pulir el Derecho Penal de la "mala compañía" de la legislación especial siempre sofocadora del Código

(**Mantovani**: "Sobre la perenne necesidad de la codificación" en Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología Año I N° 1 -1999-).

En relación a esta línea argumental, cabe traer a colación lo expresado por la **Comisión Grosso** respecto al proyecto de reformas al Código Penal Italiano «Los problemas suscitados por la `centralidad del código´son fundamentalmente dos. De un lado se trata de verificar cuál es la materia cuya tutela penal conviene mantener fuera del Código; la decisión implica una valoración en alto grado política, debe tener en cuenta el hecho de que cuando se opta por una tutela extra-código es verosímil que la especialidad de la materia determine la creación de un subsistema caracterizado por un cierto grado de menoscabo respecto al principio general de garantía. Por otra parte es necesario evaluar en qué medida es posible contener el fenómeno de la inundación de leyes especiales que prevén delitos que, sin que exista una real justificación racional, derivan de factores casuales y producen el efecto de extender desordenadamente al Código trayendo numerosos problemas (...). El primer fenómeno ocasiona problemas de homogeneidad de los principios inspiradores del sistema penal, con el corolario de posible pérdida de las garantías fundamentales; el segundo problemas de racionalidad, de certeza y legalidad del ordenamiento y de violación del principio de `esencialidad´ del derecho penal».

En nuestro país **Pastor** propone además de una despenalización saludable y racionalizadora de las prohibiciones penales "la recodificación penal y la consideración del principio de reserva de código -como derivación sistematizadora del principio de reserva de ley en materia penal

(CN, 18, 19 y 75, inciso 12)-, que pongan fin al caos, a la incertidumbre jurídica y a la violación de la Constitución que constituyen la inflación, disgregación y contradicción legislativa actual en materia penal" (Editorial "Tiempo de transformación de la administración de la justicia penal nacional" en Eldial.com).

En razón de lo aquí expresado, considero que los **artículos 871 y 872 del Código Aduanero** son inconstitucionales, resultando aplicables en materia de punibilidad del delito de contrabando en grado de tentativa los **artículos 42 y 44 del Código Penal**.

*Dr. Rubén D.O. Quiñones*