



## Apuntes sobre la punición igualada de la tentativa del delito de contrabando

Por Nicolás Omar Vargas<sup>1</sup>

El artículo 872 del Código Aduanero prescribe que la tentativa del delito de contrabando en sus diferentes modalidades será pasible de la misma pena que el delito consumado. Se trata -hasta donde conocemos- del único caso de punición igualada entre la tentativa y el delito consumado de todo nuestro sistema penal.

El argumento que sostiene esta prescripción radica en que resulta sumamente difícil castigar el delito de contrabando una vez que el mismo se encuentra consumado por sus características especiales dado que una vez eludido el control aduanero el delito es difícil de reconstruir<sup>2</sup>; porque la portación de la mercadería en forma oculta en la zona primaria para lograr su ingreso o egreso pone en peligro el bien jurídico; o porque la tentativa suele ser descubierta al momento de la consumación del delito, esto es cuando la mercadería es trasladada<sup>3</sup>.

La jurisprudencia se ha volcado casi unánimemente por ratificar la constitucionalidad de la norma. Así por caso, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico<sup>4</sup> ha ratificado la constitucionalidad de la norma, sosteniendo que en virtud del principio de especialidad el Código Aduanero puede contener sus propias normas en materia de tentativa toda vez el Código Penal se aplica en tanto y en cuanto no existan normas particulares en las leyes especiales. La Sala B de la misma Cámara por su parte<sup>5</sup>, también se inclinó por la constitucionalidad argumentando que penar con la misma pena al delito consumado y a la tentativa es una decisión de política criminal que corresponde al poder legiferante y se funda en la alarma social que produce el delito de contrabando.

Las diferentes salas de la Cámara Nacional de Casación Penal también se han inclinado por ratificar la constitucionalidad de la norma, con excepción de la Sala II que con votos de los jueces Ledesma y Slokar ha declarado su inconstitucionalidad en el fallo "Ortuño Saavedra"<sup>6</sup>, que reconoce su antecedente en el voto de Eugenio R. Zaffaroni en el fallo Branchessi de la CSJN, que seguidamente reseñaremos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con su actual composición ha tenido la posibilidad de tratar la cuestión en el precedente "Branchessi"<sup>7</sup>, pero no lo hizo al rechazar el recurso extraordinario interpuesto por falta de fundamentación suficiente. Sólo el ministro Zaffaroni se expidió sobre el fondo de la cuestión, optando, como ya lo hemos anticipado, por la declaración de inconstitucionalidad.

El voto de Zaffaroni parte del análisis de la validez de establecer la misma pena frente a diferentes intensidades de daño a la luz de los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

En primer lugar, realiza un análisis histórico de la regulación de la pena de los delitos tentados en general para sostener que el apartamiento del criterio histórico en este caso merece ser analizado; como así también afirma que la política criminal del Estado debe ser objeto de control constitucional, especialmente cuando se aparta del campo de la razonabilidad y entra en el terreno de la arbitrariedad.

En segundo lugar, analiza los fundamentos que llevaron al legislador a apartarse de la escala reducida de la tentativa para los delitos de contrabando, concluyendo que resulta endeble el argumento según el cual no puede diferenciarse al delito de contrabando tentado del consumado, toda vez que en los casos que quedan tentados se produce el secuestro de la mercadería mientras que en los casos consumados ello no suele resultar posible. También

---

<sup>1</sup> Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la mesa directiva de la Asociación Pensamiento Penal. Su email es [nicolasvargas7@gmail.com](mailto:nicolasvargas7@gmail.com)  
Agradezco especialmente a Daniel Schurjin Almenar quien me ha facilitado la jurisprudencia del fuero penal económico y algunos de los trabajos bibliográficos que se citan en este trabajo.

<sup>2</sup> Vidal Albarracin, Héctor, Delito de contrabando, Editorial Universidad, 1987, página 154.

<sup>3</sup> Tosi, Jorge, Derecho Penal Aduanero, Editorial Ciudad Argentina, 1997, páginas 64 y 65.

<sup>4</sup> Incidente de apelación contra la resolución del 16 de mayo de 2002 en la causa N° 532/12.

<sup>5</sup> Incidente de excarcelación formado respecto de Viacheslav Kolchin en la causa N° 1006/2012, caratulada "Kolchin, Viacheslav s/Infracción Ley 22.415" (Causa N° 63.574, Orden N° 24.940, Sala B).

<sup>6</sup> Causa N° 14.288, "Ortuño Saavedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación"

<sup>7</sup> Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979, resuelta el 23 de marzo de 2010.

descarta de plano al argumento de raigambre práctica según el cual la mayoría de los casos de contrabando que entran al sistema penal son tentados dado que una vez que el delito es consumado resulta de difícil persecución. Si bien esta segunda aseveración puede ser verdadera, ninguno de estos argumentos guarda relación con los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, porque se equipara la puesta en riesgo de un bien jurídico con su efectiva lesión que, a su vez, afecta la proporcionalidad que debe guardar la pena con la entidad del hecho vulnerándose también el principio de culpabilidad.

Otro argumento de interés contra la constitucionalidad de la punición igualada puede hallarse en el voto del juez Rubén Quiñones del Tribunal Oral Federal de Formosa, quien ha dicho en la causa “Benitez Fernandez”<sup>8</sup>, en la que dicho magistrado pone de relieve el origen espurio del Código Aduanero, que ha sido sancionado mediante una ley de facto y cuyas prescripciones sobre punición igualada no han sido ratificadas por el Congreso Nacional, por lo que propone que, en lugar de régimen de la tentativa del Código Aduanero para los casos de contrabando, se apliquen las reglas de la tentativa dispuestas en el Código Penal.

Concluido el breve recorrido por los criterios existentes en la doctrina y la jurisprudencia corresponde realizar algunas observaciones a partir de la potestad del poder legiferante de crear tipos penales y determinar sus penas ¿Es acaso esta una potestad ilimitada o debe realizarse dentro de ciertos límites? En ese sentido quizás resulte esclarecedor lo sucedido con la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley 6582/58<sup>8</sup> que cometía el dislate de establecer una pena mínima mayor para el delito de robo de automotor cometido con armas que para el homicidio simple. En ese entonces, los ministros de la CSJN.<sup>9</sup> se habían dividido entre quienes consideraban que la determinación de las penas era una potestad del poder legiferante que no era pasible de ser analizada en virtud de su oportunidad, merito y convenciencia; y la tesis de la mayoría (Petracchi, Bacqué y Fayt) que optó por declarar la inconstitucionalidad de la norma teniendo en consideración la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito y el bien jurídico tutelado.

Como bien podrá observar el lector, la cuestión de la razonabilidad de las penas a la luz de los principios constitucionales que deben tenerse presente tanto para su determinación al momento de crear tipos penales como al momento de la cesura en el juicio es un problema que aparece en forma constante en la realización del derecho penal. No podemos dejar de mencionar el antecedente de la comisión creada por el Decreto 678/2013 del Poder Ejecutivo Nacional para redactar un anteproyecto de Código Penal que entre sus objetivos tuvo el de armonizar y racionalizar las escalas penales de los diferentes delitos.

Para terminar esta breve exposición y volviendo al tema central, debemos concluir que si bien sigue siendo mayoritario el criterio que opta por la constitucionalidad de la punición igualada de la tentativa del delito de contrabando existen algunos desarrollos a partir de la jurisprudencia citada, especialmente del voto de Zaffaroni en “Branchessi”, que comienzan a atacar la constitucionalidad y que merecen ser tenidos en cuenta porque proponen soluciones que, a nuestro juicio, son las correctas y por lo tanto se deben traducir en una reforma al Código Aduanero que contemple dichas circunstancias.

---

<sup>8</sup> CSJN, “Martinez” (6/6/89), y “Gomez” (8/6/89)

<sup>9</sup> Un resumen de las posiciones adoptadas puede consultarse en Cavallero, Juan Ricardo; Justicia Criminal, Debates en la Corte Suprema, segunda edición actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, páginas 105 y siguientes.