

Tentativa de contrabando

Análisis del criterio político criminal de necesidad para la equiparación punitiva con el delito consumado

Por Juan M. Sarrabayrouse

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La cuestión en torno a la tentativa del delito de contrabando, regulada principalmente en el art. 872 del Código Aduanero -CA-, no deja de plantear cierta controversia en cuanto a que, de manera aislada con respecto al resto del ordenamiento jurídico argentino, atribuye la misma pena en abstracto que la correspondiente al delito consumado.

En los últimos tiempos se ha despertado una renovada discusión en torno a su constitucionalidad y su razonabilidad e -inclusive- cierto sector ha comenzado a pronunciarse en contra de su legitimidad. Esa discusión ciertamente ha generado el espacio para la reedición del análisis de la conveniencia de este instrumento jurídico penal y de las razones de orden político criminal que pueden estar motivándolo. A partir del desarrollo -posterior a la sanción del CA- de la dogmática jurídico penal y de la cuestión de los Derechos Humanos, que ha sido acentuada por el otorgamiento de jerarquía constitucional a un número de instrumentos internacionales a través del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional -CN-, parece oportuno una reedición de la discusión sobre su adecuación o -cuando menos- de su conveniencia político criminal.

II. Consideraciones preliminares [\[arriba\]](#)

1. La tentativa de delito y el fundamento de su punición

En todo acto humano voluntario es dable identificar una o más finalidades que lo orientan. En el contexto del fenómeno delictivo, eso se traduce en la proposición interna del autor hacia un futuro resultado material, como mera conducta externa o como la producción de una lesión concreta. De esto se trata el plan del autor.

En el ámbito de los delitos dolosos, en la generalidad de los casos el autor no obra espontánea e instantáneamente (los llamados delitos instantáneos), sino que el delito suele configurarse como un fenómeno complejo de elementos internos (ideación y voluntad criminal) y externos (exteriorizaciones, conductas, lesiones a bienes jurídicos) que, concatenados entre sí, conducen -en principio- hacia una conducta o un resultado típicos. Esa secuencia de actos constituye lo que ha sido denominado *iter criminis*. Este “camino del delito” constituye, por lo tanto, un proceso psicofísico “cuyos estadios cronológicos son la concepción, la decisión, la preparación, el comienzo de ejecución, la consumación y el agotamiento”[1].

Sin embargo, esa consumación puede verse impedida o frustrada por diversas razones internas o externas. En este contexto, la tentativa es -por lo tanto- entendida como puesta en marcha de actos de ejecución de un tipo penal cuya consumación resulta frustrada debido a causas ajenas a la voluntad del autor.

Mediante la concepción del fenómeno delictivo heredada originariamente de parte de los glosadores, postglosadores y del Derecho romano, absorbida luego por los

juristas italianos de la Baja Edad Media, y reafirmado por el desarrollo en Derecho canónico[2], se adoptó inicialmente una postura eminentemente subjetiva con respecto a la conducta ilícita; es decir, en una primera etapa, sin que hubiere objeción alguna, el disvalor jurídico penal se concentró en la acción y en la intención, más que en el resultado.

Producto de la Ilustración y del ideal del Liberalismo, a principios de siglo XIX se comenzó a cuestionar la posibilidad de sanción de meras intenciones cuando éstas no representasen peligro alguno a bienes protegidos por el ordenamiento jurídico[3]. Se abandonó así la concepción de delito que ponía acento en su aspecto espiritual y se enfatizó en su efecto material, externo, objetivo; todo ello en consonancia con los postulados de separación entre Derecho y moral y, en especial, de exacerbación de la libertad del hombre. Esa tendencia o teoría objetiva de la pena fue directamente trasladada a la cuestión del fundamento de la punición de la tentativa.

Concomitantemente, ante la problemática presentada por Feuerbach en la tentativa, también se fortaleció -de la mano de Karl August von Tittmann[4]- la teoría subjetiva, ahora directamente vinculada a la discusión en torno a la fundamentación de su punición, presentándose así, ya desde el inicio de la discusión, una marcada dualidad de las dos posturas imperantes.

En este contexto se han desarrollado ambas posturas fundamentadoras de la punición de la tentativa. De este modo, ante la pregunta sobre la razón de la reacción penal frente al delito incompleto, la respuesta tradicional (teoría objetiva) ha sido presentada como “la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo”[5].

Por su lado, la moderna concepción sobre la fundamentación de la punición del delito tentado (teoría subjetiva), actualmente dominante, encuentra ese fundamento en “la voluntad contraria al derecho puesta en acción”[6] siendo exigible que ésta -en todo caso- haya sido manifestada unívocamente.

El predominio de la teoría subjetiva ha producido -en cierta medida- la desaparición de la razón por la cual la tentativa era tradicionalmente merecedora de una menor punibilidad puesto que ha llevado necesariamente a la equiparación -en el plano óptico de los conceptos- del disvalor genérico que merecen los actos de ejecución y el delito consumado.

La medida de la punibilidad de la tentativa queda -entonces- sujeta a motivos político criminales con el límite lógico del máximo de la pena en abstracto para el delito consumado.

2. La tentativa en el ordenamiento jurídico argentino.

La tentativa de delito ha sido legislada en nuestro ordenamiento jurídico mediante el tipo del art. 42 del Código Penal -CP- y el art. 44 del CP establece como respuesta general una disminución del quantum punitivo. A partir de lo enunciado en aquella norma, es posible dividir el iter criminis en diversas etapas, algunas de las cuales son susceptibles de ser tipificadas por resultar conductas jurídico penalmente relevantes y otras que, por imperativo constitucional, no es posible castigar. Desde esta perspectiva, los hechos humanos que no se ordenan como una manifestación unívoca de ataque hacia bien jurídico alguno, no se presentan, al menos para el caso de los actos del fuero interno (pensamientos e ideas), más que como una conducta

autorreferente, carente de la alteridad necesaria en el mundo de las normas para que tenga relevancia penal. Por lo tanto, quedan “sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (art. 19 de la CN). Se trata del principio cogitationis poenam nemo patitur[7].

Existen también ciertos actos externos posteriores que, si bien encaminados según el plan del autor del delito hacia la configuración de una acción típica, no pueden ser interpretados sino de una manera equívoca. Se trata, en estos casos, de los actos preparatorios, cuya punición se da sólo cuando así se lo prevé expresamente, pues éstos quedan excluidos de lo que el art. 42 del CP entiende como comenzar “su ejecución”.

Es por ello que aquellos hechos humanos que puedan encuadrarse dentro de las etapas del iter criminis constitutivas de la ideación del delito (como mera planificación interna) y de los actos preparatorios resultan impunes; los primeros, sin excepción; los segundos, sólo como principio general.

Con respecto a los actos de ejecución, por presentarse como manifestaciones unívocas de la voluntad criminal o como puesta en peligro concreta de bienes jurídicos, es dable su tipificación en el orden de la tentativa por motivos exclusivamente de política criminal. La política criminal ocupa -entonces- en este terreno un rol protagónico, pues las finalidades rectoras del moderno sistema de Derecho penal, estructurado teleológica y valorativamente, no pueden ser sino del orden político criminal[8]. De este modo, el sistema jurídico penal argentino está integrado, como regla, con la punición disminuida de la tentativa (a partir de los actos de ejecución) y, como excepción, la de los actos de preparación del delito.

III. La tentativa de contrabando [\[arriba\]](#)

1. Delito de contrabando y tentativa de contrabando

El tipo básico del delito de contrabando (art. 863 del CA) es un tipo penal complejo, compuesto por un número de verbos típicos y en el que se adelantan aspectos específicos del bien jurídico al que está destinado a proteger.

Sin perjuicio de que la doctrina dominante coincida con la posibilidad de que existan modalidades tentadas de contrabando[9], generalmente se presenta como delito de peligro. Ello por cuanto, si bien el verbo típico “impedir” denota la posibilidad clara de una variante de resultado, el “dificultar” el ejercicio de las funciones del servicio aduanero abarca una mayor cantidad de manifestaciones hipotéticas y -por lo tanto- parece prescindir de la idea de un resultado. Es decir, en la mayor cantidad de casos en los cuales se considere que se ha incurrido en actos preparatorios del impedimento de las funciones de control del servicio aduanero, ya se habrá consumado el dificultamiento.

Según se trate de la variante de lesión o de peligro, aquello que -en el primer caso- se lesiona o -en el segundo- se pone en peligro es nada menos que ese mismo bien jurídico. En este contexto, la doctrina y jurisprudencia dominantes han entendido tradicionalmente que se trata del adecuado ejercicio de las funciones de control que las leyes le acuerdan al servicio aduanero sobre las importaciones y exportaciones de mercaderías[10]; cuestión que parece desprenderse del propio tipo penal de contrabando simple del art. 863 del CA.

En este contexto, el art. 872 del CA establece la equiparación punitiva entre la tentativa y el delito consumado, sistema a partir del cual pierden relevancia las discusiones sobre la efectiva consumación o la modalidad de delito (de peligro o de lesión). En todos los casos, el quantum de la pena en abstracto será el mismo.

2. Fundamentos de la equiparación punitiva

La Exposición de Motivos de la Ley N° 22.415[11] (que sancionó el CA) ha señalado como fundamento de la equiparación punitiva en cuestión a las “peculiaridades del derecho aduanero” que, como Derecho penal especial, justificarían una distinción en su tratamiento. Si bien el documento no menciona cuáles habrían de ser aquellas peculiaridades, cierto es que la doctrina dominante ha venido observando en esta rama del Derecho algunos aspectos que la distinguen del sistema general de delitos presentado por el CP[12].

En segundo lugar, también se ha mencionado como motivo la evitación de la aplicabilidad de los institutos de la exención de prisión y la excarcelación[13], es decir, con la finalidad de impedir la libertad durante el proceso.

Se mencionó -también- que la equiparación de penas constituye un instrumento de antiguo arraigo en nuestra tradición jurídica y en la extranjera y que tiende a solucionar la problemática de que, en los casos más usuales, no resulta posible la diferenciación entre el contrabando tentado y consumado[14].

En otro orden, se ha atribuido impulso a esta decisión político criminal la aplicabilidad al caso de teorías de orden subjetivistas monistas[15].

Por último, entre los motivos se han mencionado razones de orden político criminal, que se fundan en una especial voluntad del Estado en la persecución del contrabando como delito económico, en la gravedad del delito y en la dificultad que se presenta -en principio- para la aprehensión del autor y para la investigación del hecho una vez que éste se encuentra consumado.

3. Tratamiento jurisprudencial de la equiparación

La postura tradicional adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- al responder los planteos de inconstitucionalidad del art. 872 del CA ha sido sostener que corresponde al impugnante desvirtuar los motivos que el legislador tuvo en cuenta para la equiparación y que no existe de gravamen en abstracto cuando la pena individualizada se superpone en algún grado con la escala penal que hubiera resultado de aplicar el criterio del art. 44 del CP[16].

A pesar de que -desde un punto de vista estricto- la CSJN no se había pronunciado expresamente en favor de la constitucionalidad abstracta del art. 872 del CA, hubo consenso en la jurisprudencia del fuero[17] en cuanto a la legitimidad de la norma, rechazándose así durante décadas los sucesivos planteos de inconstitucionalidad.

No obstante, recientemente se ha regresado sobre el análisis de razonabilidad de la equiparación punitiva con un renovado impulso en cierto sector jurisprudencial. En este sentido, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa ha liderado estos pronunciamientos declarando reiteradamente y de oficio[18] la inconstitucionalidad de esa norma[19]. En lo relevante, se sostuvo que las “peculiaridades del derecho aduanero” consideradas por la Exposición de Motivos del CA para fundamentar la

equiparación es una justificación ambigua e insuficiente como para eludir el mandato constitucional de codificación (art. 75, inc. 12°, de la CN) y se entendió como ilegítima la finalidad de exclusión de la libertad durante el proceso. Además, se controvirtieron las consideraciones en torno al arraigo del instituto (objetada como falacia de autoridad) y al rol que ocupa como respuesta a la dificultad de diferenciar los casos de delito tentado y consumado (tenida como motivo insuficiente), sosteniéndose que las dificultades que pudiere presentar la persecución del delito consumado deberían sortearse mediante la aplicación del principio in dubio pro reo y no con el agravamiento de la pena de la modalidad tentada.

Desde la óptica constitucional, la norma vulnera -según el Tribunal Oral- los principios constitucionales de culpabilidad, proporcionalidad, lesividad e igualdad ante la ley, pues el contenido lesivo de una conducta que alcanza el resultado es evidentemente mayor que el de la tentativa, violándose de este modo la proporción entre injusto y pena.

Por último, se sostuvo que la fundamentación político criminal que había inspirado la equiparación no debe ignorar los imperativos constitucionales ya mencionados, pues la política criminal no puede erigirse en un modo de sortear garantías individuales.

Con base en un recurso extraordinario presentado por la defensa en contra de una resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal -CNCP- que había revocado otra resolución de ese mismo Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, la CSJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la cuestión en una reciente sentencia. Así, en el reciente fallo dictado en la causa "Branchessi"[20], a pesar de que la mayoría rechazó el recurso extraordinario por carecer éste de fundamentación autónoma, el Juez Eugenio R. Zaffaroni emitió una disidencia a partir de la cual enunció su postura crítica de la paridad punitiva.

En este sentido, sostuvo el magistrado que "la medida de la pena debe responder a la culpabilidad por el injusto, de modo que la medida de aquélla estará determinada por la magnitud de éste" y que el principio de lesividad contenido en el art. 19 de la CN representa un límite infranqueable al Poder Legislativo. Se reafirmó en esa ocasión que la política criminal, aunque sea una actividad eminentemente discrecional, se encuentra sujeta al control de constitucionalidad de las leyes y, por lo tanto, la afectación de bienes jurídicos mediante la exteriorización de la voluntad contraria a derecho reconoce grados diversos de intensidad. Tal es lo que sucede con la relación existente entre el delito consumado y el tentado, donde la existencia de un resultado de lesión evidencia una mayor gravedad debido al mayor contenido de injusto penal y, por lo tanto, exige una diferencia en el tratamiento jurídico que no puede sino reflejarse en la escala penal.

Sin perjuicio de que el voto del Juez Zaffaroni contiene un número de imprecisiones sobre la posibilidad de comisión del delito de contrabando tanto como tipo de lesión, cuanto como de peligro, omitiendo -por lo tanto- referencias a la incidencia en los hechos del verbo típico "dificultar"; sin perjuicio de ello, decíamos, su argumentación demostró un sólido cuestionamiento al sistema de equiparación de penas. En ese sentido, atinadamente consideró que el fundamento de orden práctico enunciado por la Exposición de Motivos "no respondería entonces al contenido de injusto de la acción delictiva [que debe erigirse en el núcleo de la mensuración punitiva] sino a dificultades de naturaleza policial o procesal que aparecen cuando

la maniobra se ha consumado, lo cual nada tiene que ver con la estructura del ilícito en sí”[21].

Ello, sumado a una mayor afectación al bien jurídico que importaría la consumación del delito de contrabando, obliga -según ese voto- a una necesaria diferencia en el plano de la punibilidad de cara al principio de culpabilidad -como límite a la conminación penal- y a la proporcionalidad que debe existir entre el hecho típico y la sanción.

IV. Herramientas de análisis constitucional y político criminal [\[arriba\]](#)

1. El enfoque desde el análisis de proporcionalidad de las leyes

El principio de proporcionalidad[22] exige que las normas que regulen derechos fundamentales tengan un contenido tal que la limitación a los mismos sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar. Es decir, necesariamente debe existir (i) un fin constitucionalmente legítimo que justifique tal medida y (ii) un medio que sea (ii.1) adecuado a la consecución de ese fin y, además, (ii.2) el menos restrictivo de aquel derecho de entre todos aquellos igualmente eficaces.

En este contexto, se debe analizar, en primer lugar, la constitucionalidad de la finalidad que motiva la regulación de que se trate; en segundo lugar, lo que ha sido llamado el control de adecuación, que implica la idoneidad del medio elegido para producir la finalidad que persigue el acto; en tercer lugar, se debe evaluar la necesidad de la medida en el sentido de que el medio escogido sea el menos restrictivo de todos aquellos medios igualmente eficaces o idóneos para conseguir la finalidad propuesta; y, finalmente, el control de proporcionalidad stricto sensu, que se constituye en un análisis global de costos y beneficios, ventajas y desventajas, de la medida elegida por el Poder estatal.

Por lo tanto, un correcto estudio de la razonabilidad de la medida estatal que fuere se integra con la consecución de los siguientes niveles de análisis: (i) control de legitimidad de la finalidad detrás de la medida; (ii) control de adecuación del medio o regulación intentados con las finalidades a las que se orienta; (iii) control de necesidad del medio utilizados; y, por último, (iv) control de proporcionalidad stricto sensu de los efectos de la medida[23]. Esta herramienta o estándar resulta de suma utilidad a los efectos de realizar evaluaciones tanto constitucionales como de orden político criminal.

2. La posibilidad de idéntica punición de la tentativa y del delito consumado

El ordenamiento jurídico penal opera de manera dialéctica, sirviendo la pena como la reafirmación de la vigencia de una norma puesta en crisis por el delito. Partiendo de la base de la pena como castigo o desincentivo, este fenómeno dialéctico refleja la valoración negativa del Estado respecto del fenómeno delictivo. Esa valoración será considerada como disvalor de acción o disvalor de resultado según se refiera a la conducta delictiva en sí misma o sobre su efecto. Consecuentemente, se ha puesto énfasis -a partir de distintas corrientes- tanto en uno como en otro criterio valorativo como fundamento de la reacción punitiva [24].

Desde el punto de vista de las corrientes subjetivistas y del disvalor de acción, ciertamente resultaría aceptable una postura equiparadora del monto de la pena

para la tentativa y el delito consumado pues la conducta criminal ya se muestra de manera completa tanto en uno como en otro caso y, del mismo modo, su disvalor jurídico penal.

Sin embargo, resulta difícil negar la relevancia del resultado en la materialidad del hecho criminal e, inclusive, desde un punto de vista ontológico[25]. Fundamentar el injusto exclusivamente en el disvalor de acción podría resultar en consecuencias inconvenientes, pues, con el mismo criterio con el que se equipara el monto punitivo del delito consumado y tentado, deberán punirse, también, las tentativas de delitos imprudentes, algo aparentemente inaceptable desde el punto de vista político criminal.

Ambos criterios valorativos son esenciales para la legitimación de la respuesta punitiva y, de este modo, si cualquiera de los dos faltase por completo, deberá conducirse a la impunidad. Es que aún en la tentativa existe cierto disvalor de resultado desde que la manifestación de la voluntad criminal exteriorizada mediante actos de ejecución cuando al menos se pusiere en peligro el bien jurídico tutelado, representa ya un resultado externo. Se impone así, como criterio fundamental de toda punición, cuando menos la puesta en peligro del bien jurídico, que será la piedra angular del disvalor de resultado que legitimará la reacción del Derecho penal.

Desde este punto de vista eminentemente dogmático, resulta -cuando menos- incorrecta o inconveniente una equiparación en la punición pues existirá una diferencia de grados que no se encontrará reflejada consecuentemente en la pena.

A pesar de ello, es posible observar, aún en ordenamientos jurídicos actuales, ciertas manifestaciones equiparativas como la aquí analizada, derivadas -precisamente- de la absolutización del disvalor de la acción. En este sentido, el Código Penal alemán de 1975 en su art. 23.2 (“art. 23. (...) (2) La tentativa puede castigarse con menor pena que la correspondiente al hecho consumado”) preveía como meramente facultativa la sanción atenuada de la tentativa[26]; y esta tradición jurídica no se encuentra discutida, al menos en cuanto a su constitucionalidad, en aquel ordenamiento jurídico.

V. Análisis político criminal del art. 872 del CA [\[arriba\]](#)

El análisis del art. 872 del CA debe comenzar reconociendo que la equiparación punitiva entre la consumación y la tentativa de delito es -efectivamente- una solución legislativa de antiguo arraigo en derecho penal aduanero, nacional e internacional[27]. En otro orden de ideas, debe destacarse también que en nuestro CP hay numerosos delitos de mera actividad y de omisión[28]; delitos en los cuales la producción de un determinado resultado es independiente y ajena al tipo. No es posible negar, entonces, que en nuestro ordenamiento jurídico se hayan adoptado tipos penales que prescinden -en cierto grado- del resultado. También debe reconocerse que lleva razón la Exposición de Motivos del CA cuando se menciona el problema que, en los casos más usuales, presenta la distinción entre el contrabando tentado y consumado, pues difícilmente pueda distinguirse una tentativa de una consumación cuando se trata de un delito que, generalmente, se presenta como de peligro.

Sin embargo, entendemos que una interpretación constitucional de los delitos de mera actividad o de peligro no puede prescindir de la existencia -cuando menos- de

cierto grado de resultado (por lesión o por peligro), pues -de lo contrario- se estaría obviando el postulado de lesividad o alteridad del art. 19 de la CN.

De todos modos, partiendo de la base de que el art. 872 del CA es la única norma del ordenamiento jurídico que establece esa equiparación punitiva, no se comprende -entonces- la razón por la cual, si el motivo político criminal de esa decisión legislativa es la adhesión a teorías subjetivas del fundamento de la punición, ese criterio influye con exclusividad en el ámbito del delito aduanero. Ello por cuanto se trata de construcciones teóricas que influyen sistémicamente y que inspiran a toda la estructura jurídico penal, no resultando posible adoptarlas de manera parcial, al menos sin perder la coherencia sistemática del régimen legal. Se podrá o no estar de acuerdo con la equiparación, pero no resulta adecuado, desde el punto de vista lógico, fundamentar su apoyo en teorías provenientes del subjetivismo monista sin llevar la paridad al resto de la regulación penal y respecto de todos los delitos.

Desde la óptica del principio de proporcionalidad penal, toda aplicación de pena en concreto debe guardar una adecuada medida con el contenido del injusto jurídicopenal realizado por el autor del delito. Siendo que el resultado forma parte del injusto penal (como disvalor de resultado), no podría -al menos en principio- desatenderse la importancia de la modificación externa causada por la conducta prohibida ni, tampoco, la diferencia de grado en cuanto al peligro o la efectiva lesión del bien jurídico protegido.

Así, el contenido del principio de proporcionalidad o razonabilidad se encuentra referido a “la adecuación -proporción- entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de derechos padecidos por las personas”[29]. Desde este punto de vista, el principio de proporcionalidad guarda identidad con la razonabilidad exigida a toda medida del Estado. Desde ese punto de partida, una norma como la del art. 872 del CA a través de la cual se equipara el monto punitivo del delito tentado y consumado se muestra como irrazonable o desproporcionada tanto desde el punto de vista del juicio de adecuación, cuanto desde la óptica del juicio de necesidad.

En el análisis de la adecuación de toda norma de carácter punitivo (como lo es la herramienta del art. 872 del CA) debe tenerse en cuenta que “la conminación con penas excesivas desorienta a los destinatarios de las normas y, al volver poco creíble al sistema mismo, perjudica a ese efecto fundamental de orientación que debería caracterizar a las normas jurídicas”[30]. Desde este punto de vista, el exceso en el delicado equilibrio punitivo se proyecta en un déficit de adecuación, atentando así contra la propia utilidad preventivo general de la sanción. Esta cuestión también ha sido planteada desde el punto de vista de la voluntad estatal de propender hacia un “Derecho penal eficaz”, como respuesta a una sociedad de violencia institucional creciente y que se caracteriza por una singular dureza en las normas[31]. Es decir, si la finalidad de la norma del art. 872 del CA se fundaba en criterios preventivo generales o preventivo especiales, el exceso en la punición tiene como consecuencia -precisamente- la pérdida del efecto disuasorio de la amenaza penal, careciéndose entonces de eficacia y adecuación y deslegitimando así a la reacción penal desde el punto de vista de la proporción que le es exigible.

En cuanto al criterio de necesidad, también resulta posible observar un déficit en la equiparación punitiva, en razón de que, si la finalidad de la mayor punición era resolver la dificultad en la reconstrucción los hechos en la investigación (salvo en la modalidad documentada de contrabando) y dar con el autor en los casos del delito

consumado, ciertamente son posibles (como respuesta a ese fenómeno) otras medidas no necesariamente de naturaleza penal y de menor impacto en los derechos del individuo. Así, la cuestión se reduce a una de orden administrativo: debería -por el contrario- mejorarse el control sobre las mercaderías en las operaciones de exportación e importación[32].

Desde este punto de vista, aun aceptando la posibilidad constitucional de una respuesta punitiva fundada preeminentemente en criterios subjetivos, el Derecho penal no puede actuar cuando no existe -por completo- peligro real, objetivo -desde la perspectiva ex ante-, sin así -cuando menos- generar suspicacia en torno a la constitucionalidad de dicha respuesta punitiva. En base a lo sostenido en los párrafos anteriores, entendemos que la punición de la tentativa, mediante reglas apartadas de los criterios generales del resto del ordenamiento jurídicopenal y de una notable gravedad en la sanción, resulta -desde la óptica político criminal- una medida inadecuada, de baja efectividad y -por lo tanto- inconveniente, especialmente teniendo en cuenta que dudosamente resulta hoy sostenible desde un enfoque el principio de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta especialmente que “la política criminal no puede diseñarse sin principios, esto es, sin el reconocimiento de ciertos bienes humanos tutelables, determinadas exigencias histórico-políticas que deben atenderse y un marco de legitimación que justifique el ejercicio de la actividad punitiva del Estado dentro del horizonte último de la convivencia”[33], se impone -al menos como conveniente desde el punto de vista político criminal- la derogación de la herramienta analizada.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ricardo J. Caballero, El delito imposible. La tentativa inidónea en el Derecho penal argentino, 1ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, pág. 22.

[2] Cfr. Elena Farré Trepát, La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, págs. 3-4.

[3] Esta postura, consolidada hacia el año 1803, puede verse en Johan A. von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (en castellano, Revisión de los fundamentos y conceptos fundamentales del Derecho penal positivo), Erfurt, 1779 (citado en Sergio Mocchiá, El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica, 1ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003, págs. 79 y ss.) y -posteriormente- en su Tratado de Derecho penal de 1801.

[4] Cfr. Farré Trepát, La tentativa..., cit., pág. 4. Esta postura se basó en la idea de que “la sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la voluntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases delincuentes” (Luís Jiménez de Asúa, Principios de Derecho penal. La ley y el delito, 3ª ed., Buenos Aires, 1997, pág. 486) pues, tanto en éstos casos como en aquellos en los cuales el delito se hubiere consumado, existe identidad en la voluntad delictiva. Esa teoría subjetiva había tenido fundamento en la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 -en su art. 178- que, a su vez, había tenido origen en la Constitutio Criminalis Bambergensis de 1507 -en su art. 204-, de las cuales podía desentrañarse una concepción más bien espiritual de la punición del delito tentado.

[5] Hans H. Jeschek, Tratado de derecho penal. Parte general, 4ª ed., Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 464. En el mismo sentido, cfr. Santiago Mir Puig,

Derecho penal. Parte general, 7ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2004, pág. 336.

[6] Jeschek, Tratado..., cit., pág. 465. Esta postura dio una solución al déficit preventivo general presentado por la teoría objetiva pues esperar a una puesta en riesgo del bien jurídico parece legitimar la actuación del Derecho penal en un momento demasiado próximo a la consumación. Para que exista esa legitimación habrá de necesitarse, desde la teoría objetiva, acciones idóneas por sí mismas para producir el resultado y, desde la teoría subjetiva, simples manifestaciones unívocas de la voluntad delictiva.

[7] Ulpiano, Digesto 48, 19, 1.

[8] Cfr. Claus Roxin, Derecho penal. Parte general, t. I, 1ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2006, pág. 217.

[9] Cfr. Felix J. Silveyra, Contrabando y encubrimiento de contrabando, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, págs. 57-59.

[10] Cfr., CSJN., “Legumbres S.A.C.I.F.I.A.”, Fallos 305:1978 y “Legumbres SA. y otros s/ contrabando”, Fallos 312:1920. También cfr. Miguel A. Sarrabayrouse Bargalló, “El bien jurídico tutelado por el tipo penal de contrabando. ¿Una polémica inconclusa?”, en Juan Patricio Cotter -coord.-, Estudios de Derecho aduanero - Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine, 1ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 278.

[11] ADLA XLI-A (1981), págs. 1325 y ss.

[12] Estos aspectos distintivos consisten -entre otros- en el contenido eminentemente económico de los delitos e infracciones aduaneros; y, en general, en la marcada tendencia a que el delito de contrabando se realice mediante el vehículo proveído por la empresa o, en su caso, la organización compleja de individuos que dificultan la ubicación de la totalidad de los responsables del ilícito.

[13] ADLA XLI-A (1981), págs. 1448-1449.

[14] Dada la configuración ya mencionada del delito de contrabando como figura más comúnmente realizable como de peligro, desde una perspectiva exclusivamente utilitarista resulta cierto que la equiparación punitiva de la tentativa y del delito consumado se presenta como una solución a esa discusión pues resta importancia a la consecuencia jurídica. Es en este punto donde el CA ha encontrado su justificación en razones de política criminal y efectividad de la ley penal.

[15] Éstas, emparentadas en cierto modo con la teoría subjetiva del fundamento de la tentativa, consideran que todo lo ocurrido luego del comienzo de ejecución es “irrelevante para aumentar el contenido de ilicitud del hecho” (Héctor G. Vidal Albarracín, Código Aduanero. Comentarios, antecedentes, concordancias, t. VII-A, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 272).

[16] CSJN, “Senseve Aguilera, Freddy y otro”, 12/03/1987, Fallos 310:495. De este modo, sin ingresar en el análisis de constitucionalidad, sostuvo que correspondía a la defensa demostrar en qué medida las razones tenidas en cuenta por el legislador para fundamentar la equiparación resultan irrazonables y acreditar la razón por la cual resulta en sí misma violatoria de garantías constitucionales; y, finalmente, descartó la posibilidad de que pudiera darse algún exceso legislativo en aquellos casos en los que la pena individualizada se encuentre dentro de los límites que hubieran correspondido de haber resultado aplicable la regla general del art. 44 del CP.

[17] Cfr., entre otros, CNAPE, sala A, “D. G., C.”, 11/05/2007, LL 2007-E-265; y sala B, “Suit, Elida H.”, 05/04/1999, LL 2000-C-447; “Gil Padilla, Samuel E.”, 17/02/2005, LL 2005-E-79; “R. A., L. M. P.”, 08/11/2006, LL 2007-B-771; CNCP, sala 4ª, “Steiger, Alfred y otra”, 20/12/2001, LL 2002-D-956; sala 2ª, Causa Nro. 2845, “Carnovali, Alfredo”, 23/11/2000, Reg. Nro. 3696; y sala 3ª, “Mansilla, Nicolasa”, 18/6/2003, estos últimos dos citados en Diego Zysman Bernaldo de Quirós, “Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al

tema a partir del supuesto de contrabando del artículo 864 inciso d), del Código Aduanero”, LL Sup. Esp. Derecho Económico de febrero de 2004, 01/03/2004, pág. 202.

[18] CSJN, “Mill de Pereyra, Rita A.”, Fallos 324:3219.

[19] Cfr., entre otros, TOCFed. de Formosa, Expte. Nro. 3.036, “Pintos, Jorge Daniel y otros s/ infracción a la ley 22.415”, 21/03/2011, elDial.com - AA6A74; y Expte. Nro. 3.082, “Luque, González, Edgar Daniel s/ Infracción a la ley 22.415”, 27/12/2010. En el mismo sentido se ha pronunciado la CNCP, Sala II, en la Causa N° 14.288, “Ortuño Savedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación”, 18/05/2012, Reg. N° 19.956 y recientemente en la Causa N° FSA 74000156/2012/TO1/CFC1, “Tiznado Azañedo, Roger y otro s/ recurso de casación”, 21/12/2015, Reg. N° 2115/15.

[20] CSJN, “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979”, 23/03/2010, Expte. B. 984 XLIII.

[21] CSJN, “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979”, Expte. B. 984 XLIII, 23/03/2010, voto del Doctor Eugenio R. Zaffaroni, Considerando Nro. 18.

[22] Toda norma u acto estatal debe resguardar, por imperio de los arts. 28 y 33 de la CN, cierta proporcionalidad con la finalidad para lo cual han sido dictados y, en especial, demostrar un estricto respeto a los derechos del individuo. En este sentido, cierta orientación doctrinaria y jurisprudencial han elaborado estándares de proporcionalidad o razonabilidad a partir de los cuales es posible evaluar la constitucionalidad de los actos del Estado, se trate de actos judiciales, o se trate - por el contrario- de actos legislativos o administrativos.

[23] Para un análisis detallado sobre el control de razonabilidad, recomendamos cfr. con Juan Cianciardo, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, 1ª ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; en especial las págs. 61-107.

[24] Tradicionalmente se ha sostenido, en posturas que atienden a la globalidad del hecho criminal, que -en el caso del delito tentado- “como consecuencia de la carencia de realización del tipo objetivo, faltará el disvalor de resultado” (Günther Stratenwerth, Derecho penal. Parte general, t. I -El hecho punible-, traducción de la 2ª ed. alemana -1976-, Madrid, 1982, nro. 694, pág. 217) y, por lo tanto, será propio de una adecuada aplicación de estos criterios valorativos la distinción punitiva en cuanto al quantum atribuido a uno y otro caso. Por el contrario, resulta también lógico que las corrientes subjetivistas a las que ya hemos hecho referencia, se enrolen en una teoría del disvalor de acción y que, por lo tanto, consideren accidental o secundario, en la evaluación global del injusto penal, al resultado. Para un desarrollo completo sobre las teorías del disvalor de la acción y del resultado, cfr. Roxin, Derecho penal..., t. I, cit., págs. 320 y ss. En cuanto a la construcción de la teoría del disvalor de acción puro, cfr. Marcelo A. Sancinetti, ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?, 1ª ed., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 y Marcelo A. Sancinetti, Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, 1ª ed., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

[25] Así, se sostuvo que “el resultado es la pieza nuclear, en absoluto casual, sino precisamente necesaria, del injusto, en cuanto que en el mismo, si es imputable, se manifiesta con todo su sentido el desvalor de la acción” (Roxin, Derecho penal..., t. I, cit., pág. 325).

[26] Julio César Espínola, Código Penal Alemán, Parte General, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 18. En este sentido, cfr. Jeschek, Tratado..., cit., pág. 473 y Hans H. Jeschek, Reforma del Derecho penal en Alemania. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 60-62. Esa posibilidad no sólo es aplicable para el tipo de contrabando, sino para todos aquellos que, por su gravedad, son considerados “crímenes” en el régimen mencionado y -también- para los “delitos” (de menor gravedad que los crímenes), cuando en ellos está expresamente prevista

la figura del conato (art. 23.1 del CP alemán).

[27] Ya el art. 188 in fine de la antigua Ley N° 11.281 de Aduana señalaba que “La tentativa de contrabando será reprimida como si el delito se hubiera consumado”. Tanto en el proyecto de reforma de 1973, como en toda regulación aduanera vigente anterior y posterior a ella, se ha sancionado a la tentativa con la misma pena que la aplicable al delito consumado (Cfr. Carlos A. Ferro, Código Aduanero Comentado, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 592). En el ámbito extranjero, además del art. 409 del Código de Aduanas francés mencionado en la Exposición de Motivos, es posible señalar también (como ya lo hemos manifestado) al art. 23.2 del Código Penal alemán de 1975 en cuanto a la atenuación meramente facultativa de la punición.

[28] No ignoramos la discutible constitucionalidad tanto de los delitos de mera actividad como de los de peligro abstracto. Sin embargo, no se encuentra cuestionada la legitimidad de los de peligro concreto, donde tampoco resulta relevante el resultado material lesivo y, por lo tanto, tampoco existe distingo -por principio- entre actos de ejecución y la consumación.

[29] Guillermo J. Yacobucci, El sentido de los principios penales, 1ª ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 337. Sobre el principio de proporcionalidad, vinculado directamente con la finalidad de la pena, ya había realizado un aporte relevante el Marqués de Beccaria, al sostener que “el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...). El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo” (Bonesana, César -Marqués de Beccaria-, Tratado de los delitos y de las penas, 1ª ed., Heliasta, San Pablo, 1993, págs. 79-80).

[30] Mocchia, El Derecho penal..., cit., pág. 99. La eficacia pretendida a partir de una mayor severidad en la reacción penal pierde su efecto cuando ésta excede el marco de respuesta ajustado al hecho imputado, cuestión que resulta evidente cuando se asignan montos penales penas idénticos (en abstracto) a situaciones ontológicamente distintas, es decir, según exista o no resultado. El mismo autor ha sostenido que “En el plano general, la aplicación de penas excesivas, conviene reiterarlo, desorienta a los destinatarios, volviendo poco creíble el sistema: resultan disfuncionales respecto del deseado efecto de integración. Pero también desde el punto de vista de la prevención general negativa -entendida en términos de correcta intimidación y no de disuasión- se impone el respeto a reglas de proporción: no es tanto el rigor de la sanción el que posee el efecto de apartar del delito, como su efectividad en términos de certeza y de prontitud de la aplicación” (Mocchia, idem, págs. 199-200). En este sentido, una mayor pena no implica una respuesta más eficiente y, por lo tanto, no es adecuada.

[31] Cfr. Hassemmer, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, 1ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1999, págs. 43-44. Este fenómeno había sido identificado por el autor inclusive respecto del caso específico de la mayor punición de la tentativa, en cuanto a que “en el moderno derecho penal se puede constatar frecuentemente que las diferenciaciones dogmáticas entre imputación objetiva y subjetiva, que ofrecen criterios racionales y controlables, quedan difuminadas. Distinciones como las de autoría y participación, tentativa y consumación, dolo e imprudencia, características del derecho penal tradicional, se han transformado en el moderno derecho penal en términos tales como ‘traficar’ o ‘emprender’, que desplazan los conceptos clásicos a un lugar secundario, cuando no los anulan por completo ampliándose, a consecuencia de ello, el arbitrio judicial, difícilmente controlable y

poco verificable con criterios dogmáticos” (Winfried Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad...*, cit., pág. 27). También se ha visto una vulneración al principio de ofensividad, unido al de proporcionalidad, cuando se equipara la pena en la tentativa y en la consumación la obra de Mocchia *El Derecho penal...*, cit., pág. 266.

[32] Coherentemente con esto se ha sostenido que “sin el resultado podría considerarse menor la necesidad de pena resultante (distinta a la necesidad de prohibición ex ante). Por una parte, la falta de resultado hace menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la conciencia jurídica general, mediante la estigmatización penal del hecho (¡no del autor, sin duda siempre rechazable!)” (Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pág. 70).

[33] Yacobucci, *El sentido...*, cit., pág. 380.