

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA
ESPECIALIZACIÓN EN GESTIÓN ADUANERA

TESIS

IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE DINERO EN EFECTIVO.
PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA EL ENCUADRE JURÍDICO.

AUTOR: ROBERTO SAPORITI

DNI 33.007.418

TUTOR: DR. HARRY SCHURIG

AGOSTO - 2015

**IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE DINERO EN EFECTIVO.
PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA EL ENCUADRE JURÍDICO.**

ÍNDICE.

| | |
|---|----|
| I. OBJETO..... | 5 |
| II. INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| III. CONCEPTO ADUANERO DE MERCADERÍA..... | 9 |
| IV. EL DINERO..... | 10 |
| 4.1 Concepción económica del dinero..... | 10 |
| 4.2 El dinero como mercadería aduanera..... | 11 |
| 4.3 Nuestra posición: el dinero es mercadería aduanera..... | 13 |
| V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CONTRABANDO..... | 15 |
| 5.1 Importancia de la teoría de los bienes jurídicos..... | 15 |
| 5.2 El bien jurídico protegido según la jurisprudencia..... | 16 |
| 5.3 El caso “Legumbres S.A.”..... | 17 |
| 5.3.1 Hechos del caso..... | 17 |
| 5.3.2 Fundamentos que delimitan el control aduanero..... | 17 |
| 5.3.3 Disidencia del doctor José Severo Caballero..... | 18 |
| 5.4 El bien jurídico protegido según la doctrina..... | 20 |
| VI. PANORAMA JURISPRUDENCIAL ACTUAL..... | 21 |
| VII. PRINCIPALES ENCUADRES JURÍDICOS POSIBLES..... | 26 |
| 7.1 Importación de dinero en efectivo..... | 26 |

| | |
|--|----|
| 7.1.1 Regulación legal..... | 26 |
| 7.1.2 Encuadre legal..... | 27 |
| 7.2 Exportación de dinero en efectivo..... | 31 |
| 7.2.1 Regulación legal..... | 31 |
| 7.2.2 Encuadre legal..... | 36 |
| VIII. CONCLUSIONES..... | 36 |
| IX. BIBLIOGRAFÍA..... | 38 |

I. OBJETO

El presente trabajo pretende analizar los problemas que se suscitan al momento de encuadrar legalmente las conductas vinculadas con la introducción y la extracción¹ de dinero² en efectivo³ al o desde el territorio aduanero⁴.

II. INTRODUCCIÓN

Las distintas ilicitudes que pueden configurarse como consecuencia de la conducta de extraer o introducir dinero al país, resultan de relevancia tanto

¹ El art. 9 del Código Aduanero define la importación y la exportación en función del simple cruce de la mercadería a través de los límites espaciales del territorio aduanero, independientemente del modo en que dicho hecho haya producido. (Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. *“Código Aduanero Comentado”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 2011, p. 15.). Así, con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 9 del Código Aduanero, importación *“es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero”*; y exportación *“es la extracción de cualquier mercadería de un territorio aduanero”*.

Por consiguiente, a los efectos del desarrollo del presente trabajo, debo señalar que carecerá de relevancia jurídica si el dinero –que, como veremos, es mercadería- se extrajo o se introdujo transportado por una persona –que es el caso más común, ya que el viajante suele llevar el dinero oculto debajo de sus ropas mediante una suerte de “cinturón de seguridad” que se comercializa a tal fin- o si ha sido introducido o extraído, al o desde el territorio aduanero, a través del equipaje, ya que en ambos supuestos habrá importación o exportación respectivamente.

² He preferido utilizar el término “dinero” y no “divisas”, ya que éste último –conforme a la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española- estaría excluyendo, desde nuestra óptica, al dinero nacional de curso legal, y el art. 7 del decreto 1570/01 habla de sumas “inferiores a DOLARES ESTADOUNIDENSES UN DIEZ MIL (U\$S 10.000) o su equivalente en otras monedas” por lo que el citado artículo incluye claramente a la moneda de curso legal de nuestro país. Este tema se tratará con mayor precisión en los puntos 7.1.1 y 7.2.1. (Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Decimonovena Edición, Madrid, 1982, t. III, p.492).

³ En el presente trabajo no se abordarán las distintas ilicitudes que puedan configurarse como consecuencia de una transferencia o giro bancario. Sin embargo, debe tenerse presente, tal como bien lo afirmó VIDAL ALBARRACÍN, que *“si se trata de una transferencia o giro bancario, no hay duda de que cualquier ilicitud es resorte del Banco Central”* (Cf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *“Contrabando de divisas: Los pasajeros y la otra inseguridad”*, Publicado en Sup. Penal 2011 (abril), 14, La Ley 2011-B, 505, cita online: AR/DOC/700/2011).

⁴ Conforme se desprende de los arts. 1 y 2 del Código Aduanero, no todo el ámbito sometido a la soberanía de la nación se corresponde con la noción de “territorio aduanero” que se encuentra definida en el art. 2 de dicho cuerpo normativo. Se trata de conceptos distintos que no deben ser confundidos. Sin embargo, como nuestro código determina que el territorio aduanero es una parte del territorio nacional, ello supone que está contenido en él. Asimismo, el Código Aduanero define al “territorio aduanero” *“caracterizándolo como el ámbito donde se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones”* (Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. *“Código Aduanero Comentado”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 2011, ps. 1 y ss.).

para el Banco Central de la República Argentina⁵, como para la Dirección General de Aduanas y, por ello, se generan problemas relacionados con la ley aplicable⁶.

La función principal de la Aduana consiste en aplicar toda la legislación que regula la entrada y salida de mercaderías⁷. En esta legislación se contemplan, entre otras cuestiones, las prohibiciones a la importación y a la exportación.

A finales del año 2001, en medio de una crisis económica y política de gran magnitud⁸, con la finalidad declarada de evitar la inestabilidad en el nivel de los depósitos en el sistema financiero⁹, el poder ejecutivo nacional -en ejercicio de sus facultades para establecer prohibiciones a las exportaciones- dictó los decretos 1570/2001 y 1606/2001. Mediante éste último decreto -que sustituyó el art. 7 del primero- se estableció una prohibición, para la exportación de billetes, monedas extranjeras y metales preciosos amonedados, cuando su valor supere el equivalente a los 10.000 dólares estadounidenses.

La aludida normativa generó una serie de conflictos interpretativos en el seno de la justicia, relacionados con la inclusión del dinero dentro del concepto aduanero de mercadería y, como se verá más adelante, de ello depende la configuración del delito de contrabando, claro está, siempre que concurren todos los elementos exigidos en el tipo penal¹⁰.

⁵ La ley del Régimen Penal Cambiario 19.359 determina que el Banco Central de la República Argentina tiene a su cargo la fiscalización e investigación de las infracciones previstas en la ley. En consecuencia, la tramitación de los sumarios administrativos para la aplicación de las sanciones correspondientes deben tramitar ante el Banco Central. (Cf. COTTER, Juan Patricio (h.) "El régimen penal cambiario. Breves reflexiones desde la óptica del derecho aduanero." Revista de Estudios Aduaneros N° , Año, p.41.)

⁶ VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., "Delitos aduaneros", Mave Editora, Corrientes, 2010, p. 73.

⁷ BASALDÚA, Ricardo Xavier, "La Aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes", Revista de Estudios Aduaneros N° 18, 2007, p.46.

⁸ COTTER, Juan Patricio (h.) "El régimen penal cambiario. Breves reflexiones desde la óptica del derecho aduanero." Revista de Estudios Aduaneros N°20, p. 39.

⁹ Véanse los considerandos del decreto 1570/2001.

¹⁰ El tipo penal del delito de contrabando se encuentra contemplado por el art. 863 del Código Aduanero, según el cual "Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones".

La complejidad de la cuestión aumenta en la medida en que se indague respecto de cuál es el bien jurídico protegido por el delito de contrabando, en virtud de que esto se relaciona con el alcance que se le asigne al control aduanero. Si bien esta cuestión ha sido tratada por la Corte Suprema de la Nación in re “Legumbres S.A.”¹¹, como veremos, la doctrina que emerge del citado precedente no ha sido receptada de igual modo por los tribunales inferiores¹². A lo expuesto se suma la existencia de discrepancias doctrinarias entre los autores que gozan de mayor prestigio en la materia¹³.

Las divergencias hermenéuticas apuntadas, que lamentablemente subsisten en la actualidad en el poder judicial, atentan contra los principios constitucionales de legalidad¹⁴ e igualdad ante la ley¹⁵ y, por ende, contra la seguridad jurídica¹⁶.

Se trata de un tipo penal abierto (utiliza la fórmula “cualquier acto u omisión”) y en blanco (de su enunciado surge que se necesita acudir a otras normas para completarlo).

¹¹ Fallos 312:1920, sentencia del 19/10/1989.

¹² Lo expuesto puede apreciarse con claridad en un fallo reciente dictado por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico. En efecto, en la causa “Magalhaes”, mediante resolución de fecha 21/04/2014 (Reg. Informático N° 57/14) los doctores HENDLER y REPETTO, que integraron el voto mayoritario, citaron al precedente “Legumbres S.A.” para excluir del control aduanero la conducta de una persona que habría llevado en el interior de su ropa, calzado y equipaje de mano U\$S 115.000 en ocasión de viajar al exterior. Así, con base en el precedente nacional, afirmaron que *“las funciones de control aduanero son distintas de las que se refieren al control de cambios y no cualquier acto que afecte la actividad estatal en materia de policía económica puede ser considerado contrabando”*, agregando que *“en dicho precedente se señala que los bienes jurídicos en función de los cuales se castiga el contrabando son distintos de los tutelados por el régimen penal cambiario. Interpretar que estos últimos se encuentran comprendidos entre los primeros, sería aplicar analógicamente la ley penal, lo que se encuentra vedado por el art. 18 de la Constitución Nacional”*. En disidencia, el doctor BONZÓN expresó que *“en el caso no cabe excluir el intento de contrabando imputado en base a la doctrina sentada en el fallo “LEGUMBRES” (Fallos 312:1920). Lo que aquí se imputa no es la evasión de divisas sino la violación de una prohibición económica relativa”* (el magistrado se refiere a la prohibición de exportación de billetes establecida por el decreto 1570/2001 modificado por el decreto 1606/2001.-

¹³ Así, como se verá en el punto 5.4, mientras la doctora Catalina GARCÍA VIZCAÍNO adopta un criterio amplio en la concepción del bien jurídico protegido por el delito de contrabando, el doctor Héctor Guillermo VIDAL ALBARRACÍN resulta exponente de una postura que podríamos denominar “restrictiva”.

¹⁴ Nuestra Constitución establece expresamente el principio de legalidad en la parte del art. 19 donde dispone que *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*. Tal como lo afirmara BIDART CAMPOS, la finalidad de este principio es afianzar la seguridad individual de los gobernados. En tal sentido, el reconocido constitucionalista ha señalado que *“la ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de manera tal que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda”* (Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, t. I, 1998, p. 514).

Como acertadamente fuera expresado por VIDAL ALBARRACÍN, “La uniformidad de criterio judicial, que es un factor fundamental para la interpretación de cualquier ley, en el caso de las normas penales aduaneras es aún mayor; dado que se estructuran mediante tipos penales abiertos que necesitan ser integrados jurisprudencialmente. De esta forma, se concilia la dinámica que la temática económica exige con el principio de legalidad. Por eso es que el error judicial o incluso el facilismo, resulta más perjudicial en este ámbito penal aduanero”¹⁷.

Con el propósito de llevar a la comprensión del lector la relevancia jurídica de la temática propuesta, se analizarán los precedentes jurisprudenciales que, por distintas líneas de pensamiento, han edificado argumentos jurídicos sólidos¹⁸ que estructuran un sistema judicial que provee soluciones diversas ante situaciones de hecho iguales.

Finalmente, pondré en escena de modo hipotético las distintas conductas relacionadas con la introducción y la extracción de dinero en efectivo –al o desde el territorio aduanero- que pueden presentarse en la práctica cotidiana, con el objeto de identificar los posibles encuadres jurídicos en las leyes vigentes y sus consecuencias.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde decir que VIDAL ALBARRACÍN, en su trabajo titulado “*El contrabando de divisas y el principio de legalidad*”, ya ha advertido sobre la posible afectación al principio de legalidad por las controversias existentes sobre el encuadre penal del transporte de divisas vía equipaje (VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. “El contrabando de divisas y el principio de legalidad” Publicado en Sup. Penal 2009 –noviembre-, 26 La Ley 2009-F, 622).

¹⁵ El principio de igualdad se encuentra consagrado en art. 16 de la Constitución Nacional y reconoce antecedentes en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia. Según el art. 6 de esa declaración, la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Asimismo, la doctrina reiterada de nuestra Máximo Tribunal nacional ha sostenido que *la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias* (Cf. GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*”, La Ley, Buenos Aires, t. I, 2008, p. 232).

¹⁶ La seguridad jurídica se da cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos. (Cf. GRILLO, Iríde Isabel María “Estado de derecho y seguridad jurídica”, La Ley, cita online: AR/DOC/10367/2003)

¹⁷ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. “*Necesidad de uniformidad en la interpretación judicial. Una oportunidad desaprovechada*”, publicado en La Ley 2001-E, 445, Sup. Penal 2001 (setiembre), 13, cita online: AR/DOC/21909/2001.

¹⁸ Empleo el término “sólidos” con la intención de expresar el afianzamiento en el tiempo de tales argumentos jurídicos.

III. CONCEPTO ADUANERO DE MERCADERÍA

El concepto de mercadería en el derecho aduanero es amplio, ya que abarca objetos o bienes materiales y también inmateriales, o los que son asimilables –como la electricidad y el gas–, que son susceptibles de ser importados o exportados, sea o no consecuencia de un acto de comercio¹⁹.

En definitiva, toda la legislación aduanera gira en torno al control de la importación y exportación de mercaderías, pero como en la realidad diaria existen numerosas mercaderías que cruzan las fronteras sin ninguna finalidad comercial, la noción aduanera de mercadería debe tener una connotación distinta a la del derecho comercial, y es por ello que algunos países han creído conveniente incluir en su legislación una definición propia²⁰.

En términos estrictos, atendiendo a la definición legal que nos brinda el art. 10 de nuestro Código Aduanero, *mercadería es todo objeto susceptible de ser importado o exportado*²¹. Asimismo, en virtud de la incorporación efectuada a la citada norma por la ley 25.063, se consideran como mercadería las locaciones y prestaciones de servicios, los derechos de autor y los derechos de propiedad intelectual²².

Por su parte, el art. 11 del Código Aduanero establece que la mercadería que fuere objeto de importación o exportación debe ser individualizada y clasificada con arreglo al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías²³. Es por ello que se ha afirmado que la imposibilidad de

¹⁹ VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., “*Delitos aduaneros*”, op. cit., p. 70.-

²⁰ LASCANO, Julio Carlos, “*Los derechos de aduana*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires 2007, p. 277.

²¹ El art. 10 del Código Aduanero reza, “*A los fines de este Código es mercadería todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado.*”

²² El art. 8 de la ley 25.063 incorporó al art. 10 del Código Aduanero el siguiente apartado: “*Se consideran igualmente — a los fines de este Código — como si se tratara de mercadería: a) las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios; b) los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual.*”

²³ El art. 11 del Código Aduanero dispone expresamente que: “*1. En las normas que se dictaren para regular el tráfico internacional de mercadería, ésta se individualizará y clasificará de acuerdo con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, establecido por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consejo de Cooperación*

individualizar y clasificar el objeto dentro de la nomenclatura determina que no nos encontramos frente a una mercadería sino frente a un objeto no susceptible ser importado o exportado²⁴.

La definición de mercadería que establece el art. 10 del Código Aduanero, dada su amplitud, debe ser integrada con el art. 11 de dicho cuerpo legal²⁵; en consecuencia, *será mercadería todo aquello que puede ser clasificado arancelariamente*.

Como se verá a continuación, de la postura que se adopte en torno a la inclusión o no del dinero dentro del concepto aduanero de mercadería, dependerá la configuración del delito de contrabando de dinero en efectivo. Para una mayor comprensión, veremos primero qué se entiende por dinero en su acepción económica, para luego abordar cómo es considerado por la jurisprudencia a los fines aduaneros.

IV. EL DINERO.

4. 1 Concepción económica del dinero.

El dinero es un medio de pago generalmente aceptado, es decir, un elemento con o sin valor intrínseco que las personas aceptan en el intercambio de bienes y servicios²⁶.

Para definir más precisamente qué es el dinero, los autores entienden que resulta conveniente atender a sus funciones, esto es, como medio de pago, unidad de medida y depósito de valor²⁷.

Aduanera, en Bruselas, con fecha 14 de junio de 1983 y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus Notas Explicativas. 2. El Poder Ejecutivo por conducto de la Subsecretaría de Finanzas Públicas, mantendrá permanentemente actualizadas las versiones vigentes en la República, del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías y de sus Notas Explicativas, a medida que el Consejo de Cooperación Aduanera modifique sus textos oficiales."

²⁴ ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., op. cit., t. I, p.25.

²⁵ VIDAL ALBARRACÍN, "Delitos aduaneros" op. cit., p.80.

²⁶ QUINTELA Roberto Luis, "Introducción a la Economía, teoría técnica y realidad" 1ed, Grafi-K., Buenos Aires, 2011, p. 355.

²⁷ Que el dinero sea medio de pago significa que se utiliza para el intercambio de bienes y servicios. Como unidad de medida quiere decir que los precios de los bienes se expresan en términos de dinero. Finalmente, que el dinero sea un depósito de valor significa que el mismo

El dinero que utilizamos hoy en día es el denominado dinero fiduciario, el que se caracteriza por no tener un valor intrínseco, sino que vale porque la gente lo acepta para las transacciones²⁸.

4.2 El dinero como mercadería aduanera.

Siguiendo a VICENTE, podemos decir que existen dos posturas antagónicas en torno al concepto del dinero; a) la que lo considera mercadería porque le asigna una posición arancelaria en el nomenclador²⁹; b) la que considerando su esencia –como medio de cambio unidad de medida y reserva de valor- no lo asimila al concepto aduanero de mercadería³⁰.

Veamos ahora ambas posturas y sus principales fundamentos:

a) *El dinero es mercadería aduanera porque encuentra clasificación en el nomenclador arancelario.*

Un claro exponente de esta tesis es la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico. En la causa “Kyung, Shu Hyo”³¹ (sentencia del 24/9/2002) los integrantes³² de dicha sala se encargaron de determinar si el dinero -que en el caso consistía en dólares estadounidenses- podía ser considerado un objeto susceptible de ser importado o exportado y, por lo tanto, “mercadería” en los términos del art. 10 del Código Aduanero. Para ello, interpretaron en forma conjunta los arts. 10 y 11 del Código Aduanero y, en consecuencia, acudieron a la Nomenclatura para la clasificación de la Mercadería en los Aranceles Aduaneros, en especial, al capítulo 49, posición 49.07.00.100. Como dicha posición arancelaria corresponde, entre otros, a los denominados “billetes de banco” y asimismo, su nota explicativa establece que dicho término

puede utilizarse para acumular poder de compra para el futuro, es decir, se puede ahorrar para transferir los recursos hacia el futuro. (DE GREGORIO, José, “Macroeconomía. Teoría y Políticas” 1ed., Pearson Educación, México, 2007, p. 395.)

²⁸ DE GREGORIO, José; op. cit. p. 397.

²⁹ Sin embargo, como se verá, el doctor BONZÓN entiende que el dinero es mercadería sin acudir al nomenclador.

³⁰ VICENTE Eduardo J., “El dinero como objeto del delito de contrabando”, Revista de estudios aduaneros N° 15, p. 127.

³¹ Publicado en La Ley 2003-A, 74, cita online AR/JUR/2291/2002.

³² Los señores jueces Carlos A. PIZATELLI, Marcos A. GRABIVKER y Roberto E. HORNOS votaron en igual sentido la cuestión sometida a debate.

“comprende los billetes a la orden de cualquier clase emitidos por los estados o por determinados bancos autorizados (bancos emisores) para utilizarlos como signos fiduciarios tanto en el país emisor como en los demás países...” terminan concluyendo que el dinero es un objeto susceptible de ser importado o exportado, y por ello, mercadería en los términos del art. 10 del Código Aduanero.

b) El dinero no constituye mercadería susceptible de importación o exportación.

Esta postura es sostenida por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico en las causas “Vallejo, Ernesto Luis”³³; “Tassi, Jorge Marcelo”³⁴ ; “Silva Marques, José”³⁵, entre otras. Allí, los señores jueces HENDLER y REPETTO, que componen el voto mayoritario, entienden que “los instrumentos meramente representativos de valores dinerarios no constituyen mercaderías susceptibles de importación o exportación, salvo que se trate de compras o ventas de billetes hechas por entidades emisoras”.

Corresponde destacar que, en las citadas causas, el doctor Juan Carlos BONZÓN entendió que el dinero constituye mercadería sin la necesidad de acudir al nomenclador para fundar tal postura. Así, señaló que resulta suficiente apelar al amplio concepto de mercadería establecido en el art. 10 del Código Aduanero y analizar concretamente en cada caso, si está o no en él incluido. En tal sentido, expresó que para ello “el intérprete cuenta con situaciones fácticas que lo pueden ayudar en tal determinación, tales como la regulación legal del objeto en cuestión, el establecimiento específico de cómo se controla su tráfico internacional, etc.”

En efecto, el doctor BONZÓN no comparte el criterio mayoritario de integrar el art. 10 del Código Aduanero con el art. 11 de dicho cuerpo legal. Entiende que la Nomenclatura para la Clasificación de la Mercadería en los Aranceles Aduaneros no constituye un sistema cerrado que permita establecer si el dinero es o no mercadería, conforme a su inclusión. En dicho orden de

³³ Sentencia de fecha 23/10/2008, Publicado en La Ley, cita online AR/JUR/13528/2008

³⁴ Sentencia de fecha 15/05/2009, Publicado en La Ley, cita online AR/JUR/17038/2009

³⁵ Sentencia de fecha 18/03/2011, Publicado en La Ley, cita online AR/JUR/9383/2011

ideas expresó en las causas citadas que *“tal nomenclador prevé posiciones “residuales” o “bolsa”, en las que entran todas aquellas mercaderías que no tengan una posición específica. En consecuencia, considero que el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria no contribuye a solucionar el problema de determinar específicamente si un objeto material o inmaterial es o no mercadería”*³⁶.

4.3 Nuestra posición: El dinero es mercadería aduanera.

Atendiendo a una interpretación literal y sistemática de las normas en juego, y considerando los antecedentes normativos³⁷, comparto la postura de quienes sostienen que el dinero es mercadería aduanera.

En efecto, el art. 10 del Código Aduanero nos brinda una definición amplia del concepto aduanero de mercadería. De allí la necesidad de complementar la mencionada norma con la disposición contenida en el art. 11

³⁶ VIDAL ALBARRACÍN no comparte tal enfoque sosteniendo que *“aún cuando el nomenclador admite posiciones “residuales” o “bolsa”, nos permite primero que nada darle la categoría de bienes y excluir de su concepto a los servicios (...) “Además, a los fines clasificatorios, todo objeto tiene una partida. Esto es, “las demás” no es de nada sino con relación a una partida y ello ya le da un contexto”* (Cf. VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., *“Delitos aduaneros”*, op. cit., ps. 80 y 81).

³⁷ La derogada ley 21.725 estableció una eximición del pago de derechos, gravámenes, demás contribuciones y tasa por servicio de estadística a las importaciones y exportaciones de determinadas mercaderías, *considerando expresamente a los billetes de banco como mercadería aduanera*, precisamente, por encontrarse clasificado dentro de una posición en la nomenclatura arancelaria. De este modo, el art. 1 estableció: *“Exímese del pago de derechos, gravámenes, demás contribuciones y tasa por servicio de estadística a las importaciones y exportaciones de las mercaderías que se indican a continuación, con su respectiva clasificación arancelaria, efectuadas por el Banco Central de la República Argentina o por terceros con autorización de aquél, salvo que el mismo exima expresamente con carácter general o singular de esta exigencia. Clasificación arancelaria: N.A.D.I. 49.07.00.01. N.A.D.E. 49.07.00.00. Mercadería: Billetes de banco de curso legal, nacionales o extranjeros (...)”* Además, en la nota que se adjuntara al proyecto de dicha ley se señaló que *“En la Nomenclatura se clasifican todas las mercaderías que son objeto del comercio exterior, siguiendo un ordenamiento merceológico de acuerdo a los textos de las secciones, capítulos y partidas allí establecidos, dentro de un contexto general explicitado por sus Reglas Interpretativas. Debe advertirse que en esa nomenclatura hallanse clasificadas las mercaderías de que se trata y que fueran objeto de la mención al comienzo del presente”*(se está refiriendo puntualmente a los billetes de banco -de curso legal, nacionales o extranjeros- oro en lingotes de “buena entrega” y monedas de oro) Asimismo, la nota adjuntada al proyecto de la ley 21.725 aludió a un *“confuso contexto normativo y operativo”* que se ponía en evidencia en la jurisdicción aduanera y que se relacionaba con las mencionadas mercaderías, todo lo cual derivó en la necesidad del dictado de mencionada ley.

(Tanto la ley 21.725 como la nota que se adjuntó a su proyecto pueden encontrarse en el sitio de internet <http://200.69.252.41/hypersoft/Normativa/NormaServlet?id=853>)

del mencionado cuerpo legal³⁸, que exige que las normas que se dicten para regular el tráfico internacional de mercadería se deben individualizar y clasificar de acuerdo con la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado en Bruselas el 14 de junio de 1983, bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera, y modificado el 24 de junio de 1986 por el Protocolo de Enmienda y sus Notas Explicativas.

Por lo expuesto, *“todos los objetos susceptibles de ser individualizados en la Nomenclatura del Sistema Armonizado constituyen mercaderías para la legislación aduanera”*³⁹.

Sentado ello, debemos preguntarnos si el dinero resulta susceptible de ser individualizado en la Nomenclatura del Sistema Armonizado. Sin mayores esfuerzos hermenéuticos, la simple lectura de la Nomenclatura con sus notas explicativas –las que resultan obligatorias para su interpretación– conlleva a responder de modo afirmativo el interrogante planteado. Así es, la partida 49.07, comprende los *“sellos de correo, timbres fiscales y análogos, sin oblitear, que tengan o hayan de tener curso legal en el país de destino; papel timbrado; **billetes de banco**; cheques; títulos de acciones u obligaciones similares”* Asimismo, los artículos de dicha partida *“**tienen como característica representar un valor fiduciario o convencional superior al valor intrínseco**”*.

Necesariamente, debo destacar también, que de la nota explicativa surge que los artículos descriptos se clasifican en la mencionada partida *“**cuando se presenten en cantidades comerciales, generalmente por los organismos emisores**”* De lo hasta aquí expuesto se sigue que lo determinante no es la persona que los presenta, sino el hecho objetivo de que se presenten en “cantidades comerciales”⁴⁰.

³⁸Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. *“Código Aduanero Comentado”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 2011, p. 23.

³⁹ *Ibíd.*, p. 24.

⁴⁰ Cf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *“El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios”*, publicado en Sup. Penal 2005 (noviembre), 27, La Ley 2005-F, 573, cita online AR/DOC/3571/2005.

Por todo lo expuesto es dable afirmar que *el dinero constituye mercadería aduanera en la medida en que se presente en cantidades comerciales*.

Si bien no se encuentra definido que ha de entenderse por “cantidades comerciales”, y sin perjuicio de que profundizar sobre dicha cuestión excede el objeto del presente trabajo, no puedo dejar de señalar, por lo coherente que a mi entender se presenta, la propuesta del doctor VIDAL ALBARRACÍN de considerar la cantidad de 10.000 dólares estadounidenses -o su equivalente- como parámetro para determinar si nos encontramos o no frente a una cantidad comercial⁴¹. Dicho parámetro encontraría sustento normativo en la obligación de declarar la introducción al territorio aduanero de una suma superior a dicho monto (resolución AFIP 2704/2009) y en la prohibición de extraer del mismo una suma mayor a tal valor (decretos 1570/2001 y 1606/2001).

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CONTRABANDO.

5.1 Importancia de la teoría de los bienes jurídicos.

Como bien lo afirma SARRABAYROUSE, “la teoría de los bienes jurídicos es la única que le otorga fundamento moral al ius puniendi y lo torna compatible con el Estado de Derecho”⁴². Siguiendo al citado autor, podemos afirmar que los tipos penales, no sólo constituyen la base para la aplicación de la sanción prevista en la norma legal, sino que “actúan como garantía de que no se penarán conductas que no se adecúen a su descripción”, por lo que aún cuando una conducta pueda subsumirse de manera perfecta a un tipo penal, la

⁴¹ Cf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “*Contrabando de divisas: Los pasajeros y la otra inseguridad*”, nota al pie n° 6 publicado en Sup. Penal 2011 (abril), 14, La Ley 2011-B, 505, cita online: AR/DOC/700/2011.

⁴²SARRABAYROUSE, Facundo, “*Análisis dogmático del tipo de contrabando simple a treinta años de su sanción. Una aproximación desde la teoría de los bienes jurídicos como objeto de tutela del derecho penal*”, COTTER, Juan Patricio (coordinador) “*Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, cap. p.534.

misma no será merecedora de reproche si no tiene la virtualidad para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma⁴³.

VIDAL ALBARRACÍN, ha manifestado que el bien jurídico tutelado “es la institución que legitima la intervención penal y constituye el criterio rector para la delimitación de los tipos penales”, y que la “indefinición sobre el bien jurídico se traslada a la imprecisión del tipo penal”⁴⁴.

Por otra parte, sin perjuicio de que el bien jurídico no integra el tipo penal, su determinación resulta útil para captar la finalidad y el verdadero sentido de la ley⁴⁵.

Advertida la importancia de la determinación del bien jurídico, pasaremos a analizar cómo ha definido la jurisprudencia y la doctrina el bien jurídico tutelado en el delito de contrabando.

5.2 El bien jurídico protegido según la jurisprudencia.

Con fecha 4/8/1983 en la sentencia recaída en los autos “Legumbres S.A.C.I.F. y otros s. contrabando” la Corte nacional, tal como lo afirma FERNANDEZ LALANNE, esclareció el concepto de “las funciones” a las que se refiere el art. 863 del Código Aduanero, circunscribiéndolo a las específicamente establecidas en el art. 23 de dicho cuerpo legal en tanto se refieran directamente al control sobre las importaciones o las exportaciones, quedando entonces excluidas, la eventuales facultades de control que la aduana pudiera tener y que no guardan relación directa con el tráfico internacional de mercaderías⁴⁶.

Luego, con fecha 4/7/1985, la Sala III del fuero en lo Penal Económico declaró que las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones, no comprende las

⁴³Ibíd., p. 535.

⁴⁴ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “La importancia de la precisión del bien jurídico tutelado”, publicado en Sup. Penal 2012 (octubre), 33, La Ley 2012-F, 17, cita online: AR/DOC/4990/2012.

⁴⁵ ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., op. cit. t. III, p. 110.

⁴⁶ FERNANDEZ LALANNE Pedro “Código Aduanero Comentado y Anotado”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Volumen II, 1997, p. 1460.

funciones delegadas por otros organismos estatales desde que no provienen de la legislación aduanera ni tienen relación con la importación o exportación de mercadería⁴⁷.

5.3 El caso “Legumbres S.A.”

Finalmente, especial atención merece el pronunciamiento de la Corte federal in re “Legumbres S.A.” de fecha 19/10/1989, no sólo porque delimitó el concepto del bien jurídico protegido de la figura del contrabando, sino también porque, como lo ha señalado VIDAL ALBARRACÍN, muchas veces la doctrina que emerge de dicho fallo es citada erróneamente o bien, sin explicar debidamente su aplicación⁴⁸. Por ello, estimo prudente esbozar sucintamente los hechos del caso, para luego abordar los argumentos jurídicos sustanciales utilizados por el Máximo tribunal nacional para precisar los límites del control aduanero como bien jurídico tutelado. Asimismo, por su valor doctrinario, se hará una breve referencia a la disidencia del doctor CABALLERO.

5.3.1 Hechos del caso.

En el caso en cuestión, un particular logró obtener el despacho de las mercaderías al exterior mediante la presentación ante la Aduana de una refrendación bancaria falsa. Mediante una comunicación del Banco Central se había establecido que las aduanas no darían curso a ningún permiso de embarque carente de la refrendación bancaria sobre el modo en el que se ingresarían las divisas provenientes de las exportaciones. Por ello, la decisión de la Corte se circunscribió a determinar si la referida directiva del Banco Central constituía una de las “leyes” a las que se refiere la norma legal que tipifica el delito de contrabando.

5.3.2 Fundamentos que delimitan el control aduanero.

Para solucionar la cuestión planteada, los señores jueces que integraron el voto mayoritario, entendieron que resultaba necesario desentrañar el bien jurídico que tutela la incriminación del contrabando. Así, realizaron una reseña

⁴⁷ Causa n° 1630, caratulada “Legumbres S.A. s. contrabando”(incidente de eximición de prisión de R.R. Gandulfo) citada por FERNANDEZ LALANNE, Pedro, op. cit., ps. 1460-1461.

⁴⁸ VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. “*Delitos aduaneros*” Mave Editora, Corrientes, 2010 p.78 y ss.

de la evolución legislativa, llegando a la conclusión de que la protección que el legislador asignó al delito de contrabando excede la integridad de la renta aduanera y que el delito de contrabando ha sido concebido “como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal”⁴⁹, estableciendo que “lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades de las aduanas”.

Siguiendo este camino argumental, entendieron que resultaba necesario determinar “cuál es el control al que se refiere el texto legal”. A tal fin, hicieron referencia a la interpretación que anteriormente la Corte había hecho del art. 18 de la Constitución Nacional, señalando que el citado artículo “exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables”.

Posteriormente, refieren que solo el poder legislativo determina cuales son los intereses que merecen tutela penal, afirmando que “no todas las prestaciones y servicios estatales merecen el mismo valor y protección legislativa en el campo penal”.

Siguiendo la línea de razonamiento expuesta, advirtieron que sólo “aquellas funciones específicas de la actividad aduanera, pueden ser tenidas en cuenta para la integración del tipo del art. 863 del Cód. Aduanero”, aclarando que esto “excluye cualquier interpretación formal que pretenda que constituye contrabando toda infracción al control aduanero, por el solo hecho de que ese control le haya sido atribuido por una norma general”.

Finalmente, concluyeron que *“las funciones aduaneras comprenden las facultades necesarias para controlar la concurrencia de los supuestos que regulan los gravámenes aduaneros o fundan la existencia de restricciones o prohibiciones a la importación y exportación. Es por ello que quedan excluidas las demás facultades que pudiera tener la aduana y que no se vinculen directamente con el tráfico internacional de mercaderías”*.

Así, por mayoría, la Corte nacional sostuvo el criterio de que la presentación ante la autoridad aduanera de documentación de embarque, en

⁴⁹ Conf. Fallos 296:473 y 302:1078

cuyo cuerpo se incluyeron refrendaciones bancarias presuntamente falsas, con la finalidad de satisfacer los requisitos exigidos por el Banco Central en ejercicio de sus facultades de policía en materia de control de cambios, no puede ser considerado un acto que impida o dificulte el ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero sobre la importación o la exportación en los términos del art. 863 del Código Aduanero.

Por último, la Corte federal señaló que una interpretación en contrario sería violatoria del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece la prohibición de interpretar analógicamente las leyes penales, ya que se estaría ampliando por vía interpretativa el bien jurídico protegido por la norma del art. 863 del Código Aduanero, incluyendo dentro de la protección la actividad del Estado en materia cambiaria.

En definitiva, nuestro Máximo Tribunal nacional estableció que la función aduanera no comprende las ilicitudes que puedan recaer en materia cambiaria, las que resultarían de incumbencia del Banco Central de la República Argentina.

5.3.3 Disidencia del doctor José Severo Caballero.

Luego de realizar una interpretación sistemática de las normas en juego, el doctor CABALLERO llegó a la conclusión de que “el legislador ha estructurado el delito de contrabando no sólo en relación a las conductas que impidan o dificulten el control sobre la percepción de la renta aduanera, sino también con aquellas que lo hagan respecto de los demás controles encomendados al servicio aduanero, en tanto tenga directa vinculación con las operaciones de importación o exportación cuyo contralor incumbe específicamente a la aduana”.

En dicho orden de ideas, expresó que la supuesta refrendación bancaria falsa en la documentación aduanera constituyó una “maniobra ardidosa” que “no sólo estaría orientada a vulnerar la ley cambiaria, sino que la actividad delictiva se integraría con el aprovechamiento de impedir o dificultar el adecuado contralor aduanero respecto del cumplimiento de una condición sin la cual la aduana no hubiera autorizado la exportación, extremo suficiente para

que los hechos investigados encuentren adecuación típica en el delito implicado”⁵⁰.

5.4 El bien jurídico protegido según la doctrina.

PAGANO afirma que el bien jurídico protegido en el delito de contrabando es “el adecuado ejercicio de la función de control del tráfico internacional de mercaderías, asignado al servicio aduanero”⁵¹.

SARRABAYROUSE entiende que lo que el Estado persigue mediante el ejercicio de las facultades de control del servicio aduanero es “la transparencia y regularidad del tráfico internacional de mercaderías”⁵².

VIDAL ALBARRACÍN señala que el actual Código Aduanero deja en claro que lo tutelado no es la recaudación, ni la regulación de la política económica del Estado en relación con las operaciones de importación o exportación, sino “el adecuado, normal y eficaz ejercicio de la función principal encomendada a las aduanas, tal es el control sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías”. En tal sentido el reconocido autor destaca que “el adecuado control aduanero, conforme una interpretación sistemática, debe ser sobre la función esencial aduanera, que es la correcta percepción de tributos y cumplimiento de las prohibiciones a la importación y exportación, esto es, el tráfico internacional de mercaderías”⁵³.

En definitiva, VIDAL ALBARRACÍN entiende que el tipo penal de contrabando, cuando alude al control aduanero, no comprende las facultades que por razones operativas se le puedan haber delegado al servicio aduanero,

⁵⁰ Corresponde destacar que la doctora Catalina GARCÍA VIZCAÍNO comparte la posición seguida por la disidencia del doctor Caballero, salvo en lo relacionado con la consideración de que el contrabando como delito tiene un fundamento económico, ya que “tal aserto no explica la incriminación del contrabando de armas de guerra, sustancias peligrosas para la salud pública, ni el de estupefacientes (Cf. GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. *“Derecho Tributario. Derecho tributario formal, procesal y penal”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. II, 2010, p. 633, nota al pie n° 318).

⁵¹ PAGANO, José León (h.) *“Derecho Penal Económico”*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 24.

⁵² SARRABAYROUSE, Facundo, ob.cit. p. 546.

⁵³ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *“La importancia de la precisión del bien jurídico tutelado”*, Sup. Penal 2012 (octubre), 33- LA LEY 2012-F,17, Cita Online: AR/DOC/4990/2012.

sino las "inequívocamente aduaneras", que, a su criterio, son las referentes al arancel y a las prohibiciones sobre la importación o exportación⁵⁴.

GARCÍA VIZCAÍNO sustenta un criterio amplio en torno al concepto de "control aduanero". Así, sostiene que en el delito de contrabando "el bien jurídico protegido es el adecuado servicio de la función aduanera de control sobre la introducción y extracción de mercaderías respecto de los territorios aduaneros (comprendido del contralor en materia de prohibiciones a la importación y exportación) y en algunos casos la recaudación fiscal; lo tutelado no es solamente esta última ni la regulación de la política económica estatal"⁵⁵. En este orden ideas, la prestigiosa autora expresa que "en cuanto el control aduanero esté previsto por leyes, la incriminación por el delito de contrabando no puede limitarse a la protección de normas de política económica"⁵⁶.

VI. PANORAMA JURISPRUDENCIAL ACTUAL

a) *El dinero es mercadería y su ocultamiento para eludir el control aduanero configura el delito de contrabando.*

A criterio de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal el dinero es mercadería y puede ser objeto del delito de contrabando⁵⁷. Para sostener que el dinero debe ser considerado mercadería en los términos que establece el Código Aduanero, los magistrados que integran dicha sala realizan una interpretación conjunta de los arts. 10 y 11 de dicho cuerpo legal.

⁵⁴ En tal sentido, VIDAL ALBARRACÍN expreso que "Cuando a la aduana se le encomiendan otras funciones no aduaneras, porque operativamente se considera más eficaz que este organismo controle su cumplimiento, si aceptamos, que, a los fines del contrabando, también esas funciones delegadas integran el control aduanero, ocurriría que por la vía operativa se complementa la norma penal en blanco, ampliándose su tipo legal, y ello es violatorio del principio constitucional de reserva..." (VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "Otra vez sobre el control aduanero en el delito de contrabando", publicado en La Ley 1989-B, 191, cita online: AR/DOC/21723/2001).

⁵⁵ GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. "Derecho Tributario. Derecho tributario formal, procesal y penal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. II, 2010, p. 629.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, autos "Ayala, Hector y otro s/ recurso de casación" Reg. N° 23/14, res del 06/02/2014.-

De este modo, atendiendo a lo establecido en el capítulo 49, posición 49.07.00.100, de la Nomenclatura para la Clasificación de la Mercadería en los Aranceles Aduaneros -en cuanto dispone que la referida clasificación arancelaria corresponde, entre otros, a los denominados billetes de banco- y considerando lo que surge de la nota explicativa de la citada posición, arriban a que los billetes de banco son objetos susceptibles de ser importados o exportados.

Luego, valorando lo previsto por el art. 7 del decreto N° 1570/2001 (sustituido por el art. 3 del decreto N°1606/2001) en cuanto establece una prohibición relativa para la exportación de divisas, logran sostener que la divisas pueden ser objeto del delito de contrabando.

Finalmente, considerando el ocultamiento típico⁵⁸ desplegado para extraer el dinero, los integrantes de la sala concluyeron que la conducta atribuida a los imputados resultaba típica del delito de contrabando.

b) El dinero no es mercadería aduanera –salvo cuando determinadas entidades o sujetos autorizados lo exporten o importen en cantidades comerciales- por ende, su ocultamiento para eludir el control aduanero no configura el delito de contrabando.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 en la causa caratulada “CHEN, Yun y LIN, Guangmei s/ contrabando de divisas”⁵⁹ entendió, por mayoría, que no se configuraba el delito de contrabando respecto de dos personas que intentaron extraer del país las sumas de 184.275 dólares estadounidenses y 16.500 euros⁶⁰.

Para así decidir, los magistrados LOSADA y GUTIERREZ DE LA CARCOVA, que componen el voto mayoritario, consideraron que el concepto de mercadería aduanera debe ser integrado con los arts. 10 y 11 del C.A., por

⁵⁸ En el caso, el ocultamiento típico consistió en esconder el dinero dentro de un automóvil que se encontraba próximo a abordar un buque rumbo a Uruguay.

⁵⁹ Causa N° CPE 990000399/2011/TO1 (2247) de fecha 11/4/2014

⁶⁰ Conforme se desprende de la causa citada en la nota inmediata anterior, las sumas de dinero se encontraban acondicionados en 23 fajos distribuidos en dos bolsos, una mochila, en la zona del bajo vientre de la imputada, en el bolsillo del pantalón del imputado, en una bolsa de bebé y hasta en la pierna del bebé que viajaba con los imputados.

lo que sólo será mercadería el objeto que pueda ser importado o exportado de un territorio aduanero a otro y que, además, posea una posición arancelaria en el respectivo nomenclador.

Luego, valorando lo establecido por la nota explicativa del capítulo 49.07 del citado nomenclador –la que resulta obligatoria para la interpretación jurídica del mismo– concluyen que los billetes de banco sólo serán mercaderías cuando determinadas entidades o sujetos autorizados lo exporten o importen en cantidades comerciales. De tal modo, entienden que queda desechado en el nomenclador el billete de banco como mercadería cuando el importador o el exportador no es una entidad autorizada ni las sumas del caso constituyan cantidades comerciales.

Por las razones expuestas, los magistrados comprenden que no resulta correcto el criterio hermenéutico que establece que los billetes de banco, importados o exportados por un particular sin uso comercial, es mercadería aduanera por hallarse en la posición arancelaria N° 49 del citado nomenclador. Entienden que tal posición solo recepta como mercadería los billetes de banco con usos comerciales y operadores calificados, y que la analogía que deriva de tal criterio interpretativo afecta el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

El fallo avanza aún más y se ocupa de excluir los billetes de banco del concepto general de mercadería que establece el art. 10, ello con sustento en que tienen una regulación legal, una autoridad de aplicación y una protección jurídica propia⁶¹. Asimismo, se señaló que “no obstante estar dentro de las obligaciones del a AFIP/DGA establecer las posiciones arancelarias de las mercaderías (art. 3 inc. “c” del decreto 618/97), a la fecha no se posee tal

⁶¹ Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 causa caratulada “CHEN, Yun y LIN, Guangmei s/ contrabando de divisas”, sentencia del 11/4/2014, del voto de los Dres. GUTIERREZ DE LA CARCOVA y LOSADA “el dinero-moneda nacional o extranjera- representa un valor fiduciario o convencional superior a su valor intrínseco (cap.49 de la citada nomenclatura arancelaria), conforma una unidad de cambio representativa de valores y es emitido, respecto a la moneda nacional, por el Banco Central de la República Argentina (art. 17 inc. “a” de su carta orgánica) Esta última entidad es a su vez la encargada de regular el funcionamiento del sistema financiero, y en suma, de ejecutar la política cambiaria del país (art. 4 de la citada carta orgánica). Por lo demás, las infracciones a las leyes cambiarias poseen su propia protección penal (ley 19.359) y también se halla prohibida la falsificación de moneda y billetes de Banco (art. 282 del CP) y su receptación o aplicación en condiciones de procedencia sospechosa (art. 303 del CP).”

posición para operaciones de destinación aduanera de divisas que no importen cantidades comerciales”.

Corresponde destacar también que los jueces que integran el voto mayoritario, atendiendo a los fundamentos del decreto 1570/01, entienden que la obligación de control al servicio aduanero respecto de la exportación de divisas resulta una delegación en virtud de las estrategias de política financiera del Banco Central y que “el traslado de tal control no amplía el bien jurídico (tutelado) del delito de contrabando restringido a las funciones esencialmente aduaneras”.

Finalmente, debo poner de relieve que, en el citado caso, si bien se resolvió absolver de culpa y cargo a los imputados, se ordenó “extraer los respectivos testimonios y remitir los mismos al Banco Central de la República Argentina a fin de que investigue la presunta infracción al régimen penal de cambios”.

c) Los billetes de banco de curso legal -nacionales o extranjeros- son un objeto susceptible de ser importado o exportado y, en consecuencia, mercadería en los términos del art. 10 del Código Aduanero. Por ello, en el supuesto que el servicio aduanero resulte impedido o dificultado en el control sobre la importación y/o exportación de dinero, podría realizarse el delito de contrabando.

En un reciente pronunciamiento⁶², la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, mantuvo su postura⁶³ en el sentido de que los billetes de banco son mercadería y que por ello, su ocultación con el objeto de burlar el control aduanero podría configurar el delito de contrabando.

El interés del fallo citado reside en que los magistrados realizan un análisis en relación a la conducta desplegada por la imputada para determinar la existencia del ardid o engaño que reclama el tipo del art. 863 del Código Aduanero. De tal manera se señaló que “si bien es razonable transportar dinero

⁶² Cámara Nacional en lo Penal Económico, causa N° 14100 “Higgimbotton Capdepon Mirta Elena s/ tentativa de contrabando de divisas” sentencia del 16/4/2014.-

⁶³ Véase Regs. Nos 868/02, 557/10, 618/10 y 303/1.1 de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico.

de una forma que permita evitar posibles sustracciones o apoderamientos, es cierto también que el hecho de llevarlo oculto y distribuido en diferentes lugares, en sumas que superan holgadamente los montos normativamente permitidos, también implica, si no ha habido una declaración ante la autoridad aduanera relacionada con el transporte de divisas, el propósito de ocultarlo⁶⁴ al control del servicio aduanero (confr. Regs. Nros. 525/10, 303/11 Y 62/13), sin que resulte verosímil que el modo en que se habría acondicionado y distribuido el dinero en el caso tuviera en miras razones de seguridad⁶⁵.

Asimismo, merece ser destacado el voto del doctor GRABIVKER, ya que de sus argumentos se puede extraer que, a su criterio, lo relevante a los efectos determinar la existencia del ardid requerido por el tipo penal no es tanto la circunstancia de que el dinero ha sido transportado de un modo que no es razonable para su seguridad, sino el hecho objetivo de haber omitido realizar la declaración en forma oportuna ante servicio aduanero. En tal sentido, el doctor GRABIVKER destacó que *“la circunstancia de transportar dinero en efectivo y en moneda extranjera por sumas que superan el monto normativamente permitido (u\$s 10.000) implica, si no ha habido una declaración ante la autoridad aduanera anterior, espontánea y voluntaria relacionada con el transporte de las mismas, el propósito de ocultarlas del servicio aduanero”,* agregando que *“el hecho de pasar delante de los funcionarios encargados del control aduanero sin declarar que se intenta exportar divisas por un monto que supera el máximo permitido implica inducir a aquellos funcionarios a que piensen que quien procede así no lleva consigo divisas o transporta divisas por un monto que supera los diez mil dólares estadounidenses”*⁶⁶

⁶⁴ Los señores jueces valoraron la circunstancia de que la persona imputada no declaró oportunamente la cantidad de divisas que llevaba consigo. Asimismo, se consideró el hecho que parte del dinero transportado se encontraba debajo de las plantillas de un par de zapatillas, las cuales estaban en el interior de una valija, lo que les permitió a los magistrados inferir que la imputada habría intentado ocultar aquel dinero ante el control aduanero.

⁶⁵ Voto del Dr. Roberto Enrique HORNOS, Cámara Nacional en lo Penal Económico, causa N° 14100. “Higgimbotton Capdepon Mirta Elena s/ tentativa de contrabando de divisas” sentencia del 16/4/2014.-

⁶⁶ En apoyo de su postura con relación al engaño ante el servicio aduanero, citando las palabras de MEDRANO, el doctor GRAVIBIVKER destacó *“...resulta suficiente desarrollar cualquier actividad que ante los ojos del servicio aduanero **aparezca como una situación verdadera cuando no es tal...**”* (Cf. MEDRANO, Pablo H. “Delito de contrabando y comercio exterior”, Lerner Libreros, 1991, p.222)

VII. PRINCIPALES ECUADRES JURÍDICOS POSIBLES.

Habiendo analizado los distintos criterios interpretativos imperantes en la actualidad, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, procederé a identificar concretamente los principales modos en que pueden encuadrarse las conductas vinculadas con la introducción y la extracción de dinero en efectivo, al o desde el territorio aduanero.

Para una mayor claridad expositiva, trataré por separado ambas conductas, con su respectiva regulación legal.

7.1 Importación de dinero en efectivo.

7.1.1 Regulación legal.

El art. 1 de la resolución de la AFIP 2704/2009 impone a los viajeros de cualquier categoría y a los tripulantes la obligación de declarar⁶⁷ ante el servicio aduanero, el ingreso al territorio argentino –en calidad de equipaje⁶⁸ o pacotilla⁶⁹- de dinero en efectivo y/o instrumentos monetarios⁷⁰, en moneda extranjera o nacional de curso legal, cuando el valor sea igual o superior al equivalente⁷¹ a 10.000 dólares estadounidenses⁷².

⁶⁷ La declaración se efectúa ante el servicio aduanero, al momento del ingreso al país, mediante el formulario OM-2249-A (cf. art. 1 de la resolución de la AFIP 2704/2009).

⁶⁸ En virtud de lo dispuesto por el art. 505 del Código Aduanero, los efectos que constituyen el equipaje de los viajeros deben ser considerados mercadería en los términos del art. 10 del citado cuerpo normativo. Por ello, cuando un viajero ingresa al territorio aduanero con su equipaje se produce la importación de la mercadería que conforma su equipaje. En consecuencia, tratándose de una operación de importación, ésta se encuentra sujeta al control del servicio aduanero, según en principio sentado en los arts. 112 y 116 del Código Aduanero (Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. , ob. cit., t II, ps. 49 y 50).

⁶⁹ "(...) en esencia, la pacotilla es el equipaje de los tripulantes de los medios de transporte que arriban y salen del territorio aduanero." (Ibíd., p. 102).

⁷⁰ Por instrumentos monetarios debe entenderse cualquier medio de pago, tales como: cheques de viajero, cheques y pagarés (Cf. art. 1, párrafo segundo de la resolución de la AFIP 2704/2009).

⁷¹ A tales efectos se considera el tipo de cambio comprador correspondiente al cierre del día hábil inmediato anterior al del ingreso al país comunicado por el Banco de la Nación Argentina (Cf. art. 1, párrafo segundo de la resolución de la AFIP 2704/2009).

Cuando se advierta que los valores ingresados superan los montos indicados en párrafo anterior, el servicio aduanero debe informar a la Unidad de Información Financiera, a los efectos de que ésta última proceda a realizar las operaciones de control que son de su incumbencia⁷³.

En el caso de que los viajeros omitan realizar la declaración o incurran en falsedades en la misma, se aplicarán las disposiciones previstas por el Código Aduanero⁷⁴.

7.1.2 Encuadre legal.

- a) **Conducta lícita:** cuando la persona ingrese con una suma de dinero equivalente o menor a 10.000 dólares estadounidenses.
- b) **Infracción⁷⁵ al régimen de equipaje⁷⁶ o pacotilla⁷⁷ en los términos del art. 978 del Código Aduanero⁷⁸:** se aplica cuando el sujeto introduzca al territorio aduanero como equipaje o como pacotilla una suma superior al equivalente a 10.000 dólares estadounidenses y no

⁷² Cuando se trate de menores de 16 años, dicha suma se reduce a la mitad (Cf. art. 2 de la resolución de la AFIP 2704/2009).

⁷³ Cf. art. 4 de la resolución de la AFIP 2704/2009.

⁷⁴ Cf. art. 5 de la resolución de la AFIP 2704/2009.

⁷⁵ "(...) el término "infracción", que en el derecho penal común puede tener un alcance genérico y comprensivo de toda ilicitud, en el ámbito aduanero queda limitado a una categoría menor al delito y al mismo nivel, e identificado con la "contravención" (Cf. ALSINA, Mario A.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., ob. cit., t II, p. 303).

⁷⁶ El art. 489 del Código Aduanero reza: "*Constituyen equipaje los efectos nuevos o usados que un viajero, en consideración a las circunstancias de su viaje, pudiere razonablemente utilizar para su uso o consumo personal o bien para ser obsequiados, siempre que por la cantidad, calidad, variedad y valor no permitieren presumir que se importan o exportan con fines comerciales o industriales*".

⁷⁷ Con arreglo al art. 518 del Código Aduanero "*Constituyen pacotilla los efectos nuevos o usados que un tripulante de un medio de transporte, en consideración a las circunstancias de su viaje, pudiere razonablemente utilizar para su uso o consumo personal o bien para ser obsequiados, siempre que la cantidad, calidad, variedad y valor no permitieren presumir que se importan o exportan con fines industriales*".

⁷⁸ El art. 978 del Código Aduanero preceptúa "*El viajero de cualquier categoría, el tripulante o cualquier persona que introdujere o pretendiere introducir al territorio aduanero como equipaje o como pacotilla, según el caso, mercadería cuya introducción en tal carácter fuere admitida en las respectivas reglamentaciones pero omitiere su declaración aduanera cuando ésta fuere exigible o incurriere en falsedad en su declaración, será sancionado con una multa de la mitad a DOS (2) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción. Esta multa nunca podrá ser inferior al importe de los tributos que gravaren la importación para consumo de la mercadería de que se tratare*".

haya efectuado la declaración correspondiente ante el servicio aduanero mediante el formulario OM-2249-A (exigido por el art. 1 de la resolución de la AFIP 2704/2009) o haya falseado los datos ingresados en el mismo.

La norma en cuestión establece una multa de la mitad a dos veces el valor en aduana de la mercadería en infracción.-

- c) **Infracción al régimen de equipaje o pacotilla en los términos del art. 977 del Código Aduanero⁷⁹**: cuando la persona que introduce o pretende introducir al territorio aduanero por vía de equipaje o de pacotilla una suma de dinero superior al equivalente a los 10.000 dólares estadounidenses, pero que por su cantidad o valor permite presumir que se importa con fines comerciales (art. 489 del Código Aduanero). Esta presunción deberá ser determinada por el juez en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del viaje.

En este supuesto la sanción prevista por el Código Aduanero es más grave ya que la misma consiste en una multa de una a tres veces el valor en aduana de la mercadería en infracción.

Aún en el supuesto de que omita la declaración, o se hayan falseado los consignados en la misma, por aplicación del principio de especialidad⁸⁰, la conducta de quien ingrese un monto superior a los 10.000 dólares estadounidenses y que por su cantidad permita presumir que es con fines comerciales, configurará la hipótesis prevista por el art. 977 del citado cuerpo legal⁸¹.

⁷⁹ Dispone expresamente el art. 977 del Código Aduanero "1. El viajero de cualquier categoría, el tripulante o cualquier persona que introdujere o pretendiere introducir al territorio aduanero por vía de equipaje o de pacotilla, según el caso mercadería que no fuere de la admitida en tal carácter por las respectivas reglamentaciones, será sancionado con una multa de UNO (1) a TRES (3) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción.2. En el supuesto previsto en el apartado 1, si la importación para consumo de la mercadería en infracción estuviere prohibida se aplicará además su comiso".

⁸⁰ El art. 896 del Código Aduanero consagra expresamente el principio de especialidad al disponer que "La norma que rige específicamente el caso desplaza a la que lo pudiera comprender en forma genérica"

⁸¹ Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. , ob. cit., t III, p. 453.

d) **Contrabando:** BORINSKY afirma que puede configurarse el delito de contrabando respecto del ingreso de dinero en efectivo por vía de equipaje o pacotilla, con sustento en que el control sobre el ingreso de divisas es una de las funciones específicas de las aduanas y que integra el bien jurídico protegido por el delito de contrabando⁸².

En cambio, VIDAL ALBARRACÍN sostiene que no puede configurarse el delito de contrabando respecto del ingreso de divisas porque no existe una prohibición para la importación de dinero por lo que entiende que en caso de que se omita la obligación de declarar al momento del ingreso, se configurará una infracción aduanera⁸³.

e) **Conducta atípica:** cuando en cualquiera de los supuestos indicados en los apartados precedentes, el órgano judicial ante cuyos estrados tramite la causa, se enrola en la posición con arreglo a la cual el dinero no se encuentra incluido dentro del concepto aduanero de mercadería o, en su caso, el control sobre el ingreso de dinero no se encuentra comprendido por el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando.-

f) **Delito de lavado de activos:** aún cuando se haya determinado que no existe un delito o infracción aduanera, no debe descartarse la posibilidad de que la conducta configure un delito contra el orden económico y financiero, en especial, el delito de lavado de activos contemplado por el art. 303 del Código Penal⁸⁴. Sin perjuicio de las circunstancias de hecho

⁸² BORINSKY, Mariano H. "Tráfico de dinero en efectivo. Regulación legal, análisis doctrinario y jurisprudencial actualizado." Revista de derecho penal y procesal penal n°11, Buenos Aires, 2011, p.1918.

⁸³ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "Contrabando de divisas: Los pasajeros y la otra inseguridad", Publicado en Sup. Penal 2011 (abril), 14, La Ley 2011-B, 505, cita online: AR/DOC/700/2011.

⁸⁴ El art. 303 del Código Penal (incorporado por la ley N° 25.683) dispone: "1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

concretas que presente el caso, la decisión que en última instancia se adopte sobre el asunto estará subordinada a la concepción que se tenga sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas que, prima facie, aparecen llamadas a regir la cuestión.

Resta añadir, que con la nueva ley de lavado de dinero (ley 26.683) el bien jurídico tutelado es el sistema económico y financiero, es decir, se trata de un bien jurídico más amplio que el de la ley anterior (ley 25.246) y permite incluir todo tipo de acciones típicas que conlleven un movimiento de dinero o bienes provenientes de un ilícito penal⁸⁵.

g) *Infracción al Régimen Penal Cambiario*⁸⁶ (ley 19.359): corresponde evaluar en el caso concreto la posibilidad de encuadrar la conducta en

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión”.

⁸⁵ CESARINI LUIS, “Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada” Publicado en La Ley 2014-A, 665, 06/02/2014, cita online AR/DOC/4681/2013.

⁸⁶ El art. 1 de la ley 19.359 establece: “Serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones; b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto; c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio; d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultasen distintas de las denunciadas;

e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor; f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”.

Asimismo, el art. 2 de la ley 19.359 establece las siguientes sanciones para las infracciones previstas en el art. 1 de dicha ley: “a) Multa de hasta DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción, la primera vez;

b) Prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años en el caso de primera reincidencia o una multa de TRES (3) a DIEZ (10) veces el monto de la operación en infracción; c) Prisión de UNO (1) a OCHO (8) años en el caso de segunda reincidencia y el máximo de la multa fijada en los incisos anteriores; d) Si la multa impuesta en el caso del inciso a) no hubiese sido superior a TRES (3) veces el monto de la operación en infracción, la pena privativa de libertad a que se refiere el inciso b), será de UN (1) mes a CUATRO (4) años; e) En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta DIEZ (10) años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta DIEZ(10) años para

las normas del Régimen Penal Cambiario, cuestión que, en definitiva, se encontrará subordinada al alcance que el juez que intervenga en la causa le asigne a los bienes jurídicos tutelados por las normas en juego.

Además, debe tenerse presente que la ley del Régimen Penal Cambiario se trata de una ley penal en blanco. En consecuencia, el contenido de las obligaciones y operaciones que pueden constituir el tipo infraccional -definido previamente por la ley- puede resultar determinado posteriormente por las diferentes resoluciones que emita el Banco Central de la República Argentina.⁸⁷

Por último, corresponde agregar que el bien jurídico tutelado por el régimen penal cambiario es, según COTTER, *“la posición de divisas que debe mantener el BCRA, la posición cambiaria de nuestro país”*⁸⁸.

7.2 Exportación de dinero en efectivo.

7.2.1 Regulación legal.

El art. 7 del decreto 1570/2001 –reformado por el decreto 1606/2001– establece una prohibición relativa⁸⁹ para la exportación⁹⁰ de billetes y monedas

actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios;

f) Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e). La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible; g) En el caso de falsa declaración, si el infractor rectificase la misma en forma espontánea dentro del término de QUINCE (15) días de cometida la infracción, se fijará la multa en UN CUARTO (1/4) de la que hubiese correspondido de no mediar dicha rectificación y no se tendrá en cuenta esa penalidad a los efectos de la reincidencia prevista por esta Ley”.

⁸⁷ COTTER, Juan Patricio (h.) *“El régimen penal cambiario. Breves reflexiones desde la óptica del derecho aduanero.”* Revista de Estudios Aduaneros N°20, p. 41.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *“La prohibición es absoluta cuando la exportación de mercadería determinada está prohibida a todas la personas (art. 611 Cód. Aduanero). Por ello en este caso, como se admiten excepciones a favor de quien o quienes requieran autorización (art. 612, Cód. Aduanero) serían*

extranjerías y metales preciosos amonedados cuando se trate de una suma de 10.000 dólares estadounidenses o más –o su equivalente en otras monedas⁹¹–, salvo que se realicen a través de entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias y previamente autorizadas por el Banco Central de la República Argentina.

Por su parte, el art. 1 de la resolución de la AFIP 2705/09 establece que el egreso de dinero en efectivo del territorio argentino, mediante los regímenes de equipaje y pacotilla, sólo puede efectuarse cuando su valor sea inferior a 10.000 dólares estadounidenses o su equivalente en otras monedas.⁹² Asimismo, el art. 4 de la norma mencionada –con la modificación efectuada por el art. 1 de la resolución de la AFIP 3010/2010 – establece la obligación de los viajeros y de los tripulantes de declarar⁹³ el importe que egresan del territorio argentino cuando el valor sea igual o superior al equivalente de 10.000 dólares estadounidenses.

7.2.2 Encuadre legal.

- a) **Conducta lícita:** en caso de que el sujeto egrese con una suma menor a los 10.000 dólares estadounidenses.
- b) **Infracción aduanera de contrabando menor⁹⁴ (art. 947 del Código Aduanero):** se da en caso de que el dinero con el que pretende egresar

relativas” (Cf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. “Delitos aduaneros” Mave Editora, Corrientes, 2010 p.83, nota al pie n°70).

⁹⁰ Se refiere a la exportación en general, por lo que alcanza a cualquier vía de egreso. Cf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. “Delitos aduaneros” op. cit. p.77, nota al pie n°58.

⁹¹ Esto es, su equivalente al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina (Cf. Art. 7 del decreto 1570/2001 con la modificación efectuada por el decreto 1606/2001)

⁹² Establece la norma citada que a tales efectos se tendrá en cuenta el tipo de cambio vendedor correspondiente al cierre del día hábil inmediato anterior al de su egreso, comunicado por el Banco de la Nación Argentina.

⁹³ La declaración se efectúa ante el servicio aduanero, al momento del egreso del país, mediante el formulario OM-2250-B (Cf. art. 4 de la resolución de la AFIP 2705/2009 con modificación efectuada por art. 1 de la resolución de la AFIP 3010/2010).

⁹⁴ Por su estructura se trata de una conducta delictiva, pero sobre la base de una ficción legal se la considera infracción a los efectos de aplicarle un criterio punitivo más benigno. (Cf. ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., op. cit. t. II, ps. 358 y ss.)

la persona es superior a 10.000 dólares estadounidenses pero inferior a 100.000 pesos⁹⁵.

La norma establece una multa de dos a diez veces el valor en plaza de la mercadería y el comiso de ésta.

c) Contrabando simple (art. 863 del Código Aduanero): cuando la suma de dinero con la que el sujeto egresa es equivalente o superior a 100.000 pesos, pero inferior a los 3.000.000 de pesos.

La norma establece una pena de dos a ocho años de prisión. Además de la pena privativa de la libertad, resultan de aplicación las sanciones previstas en el art. 876 del Código Aduanero⁹⁶.

El art. 947 del Código Aduanero establece en su primer párrafo: *"En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865 inciso g), 871 y 873, cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor y se aplicará exclusivamente una multa de DOS (2) a DIEZ (10) veces el valor en plaza de la mercadería y el comiso de ésta."*

⁹⁵ La norma carecería de aplicación en la práctica en el supuesto caso de que la cotización del dólar al tipo de cambio comprador del Banco de la Nación argentina supere los 10 pesos, por lo que la conducta se subsumiría directamente en el tipo penal del delito de contrabando simple.-

⁹⁶ El art. 876 del Código aduanero reza *"1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercaderías objeto del delito. Cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito; c) una multa de CUATRO (4) a VEINTE (20) veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito, que se impondrá en forma solidaria; d) la pérdida de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozaren; e) la inhabilitación especial de SEIS (6) meses a CINCO (5) años para el ejercicio del comercio; f) la inhabilitación especial perpetua para desempeñarse como funcionario o empleado aduanero, miembro de la policía auxiliar aduanera o de las fuerzas de seguridad, despachante de aduana, agente de transporte aduanero o proveedor de a bordo de cualquier medio de transporte internacional y como apoderado o dependiente de cualquiera de estos tres últimos; g) la inhabilitación especial de TRES (3) a QUINCE (15) años para ejercer actividades de importación o de exportación. Tanto en el supuesto contemplado en este inciso como en el previsto en el precedente inciso f), cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización; h) la inhabilitación absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público; i) el retiro de la personería jurídica y, en su caso, la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, cuando se tratare de personas de existencia ideal. 2. Cuando se tratare de los supuestos previstos en los artículos 868 y 869, además de la pena de multa se aplicarán las sanciones establecidas en los incisos d), e), f),g) e i) del apartado 1, de este artículo. En el supuesto del inciso f) la inhabilitación especial será por QUINCE (15) años"*.

d) Contrabando agravado⁹⁷ (art. 865 inc. i del Código Aduanero):

cuando la suma de dinero con la que egresó el sujeto es equivalente o superior a 3.000.000 de pesos.

En este caso el delito es reprimido con una pena mayor a la del contrabando simple; la norma establece prisión de cuatro a diez años. Además de la pena privativa de la libertad, resultan de aplicación las sanciones previstas en el art. 876 del Código Aduanero.

e) Tentativa de contrabando⁹⁸ (art. 871 del Código Aduanero):

cuando el sujeto, con el fin de cometer el delito de contrabando de dinero, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.

Dejando de lado las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales sobre la constitucionalidad de la norma⁹⁹, lo cierto es que, en este caso, el Código Aduanero establece que la conducta es reprimida con las

⁹⁷ El art. 865 del Código Aduanero dispone expresamente *“Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando: a) Intervinieren en el hecho TRES (3) o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice; b) Interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo; c) Interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado del servicio aduanero o un integrante de las fuerzas de seguridad a las que este Código les confiere la función de autoridad de prevención de los delitos aduaneros; d) Se cometiere mediante violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa; e) Se realizare empleando un medio de transporte aéreo, que se apartare de las rutas autorizadas o aterrizar en lugares clandestinos o no habilitados por el servicio aduanero para el tráfico de mercadería; f) Se cometiere mediante la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera; g) Se tratase de mercadería cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta; h) Se tratase de sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866 que por su naturaleza, cantidad o características, pudieren afectar la salud pública; i) El valor de la mercadería en plaza o la sumatoria del conjunto cuando formare parte de una cantidad mayor, sea equivalente a una suma igual o superior a PESOS TRES MILLONES (\$ 3.000.000)”*.

⁹⁸ Establece el art. 871 del Código Aduanero que *“Incorre en tentativa de contrabando el que, con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”*.

⁹⁹ Sobre el tema, resultan interesantes los siguientes trabajos: *“La constitucionalidad de la equiparación de pena en la tentativa de contrabando”* de VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G. (publicado en la Revista de estudios aduaneros N° 21, p. 265-275); *“Punibilidad de la tentativa de contrabando”* de RIZZI, Juan Pablo (publicado en La Ley, cita online AR/DOC/6084/2012); *“Inconstitucionalidad de la equiparación de las penas de contrabando tentado y consumado”* de BECERRA (h.) Alejandro (publicado en La Ley, cita online AR/DOC/3810/2012) y *“Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del art. 864 inc. d), del Código Aduanero”* de ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, Diego (publicado en La Ley, cita online: AR/DOC/583/2004).

mismas penas que corresponden al delito de contrabando consumado¹⁰⁰. Además de la pena privativa de la libertad, resultan de aplicación las sanciones previstas en el art. 876 del Código Aduanero.

- f) **Infracción aduanera¹⁰¹ (art. 979 del Código Aduanero):** cuando concurren todos los elementos para la configuración del delito de contrabando, salvo el ardid o engaño tendiente a burlar el control del servicio aduanero porque se considera que el modo en que se han acondicionado los valores no tiene por fin sustraerlos de la fiscalización aduanera, sino que ello responde a cuestiones razonables de seguridad.
- g) **Conducta atípica:** cuando en cualquiera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, el órgano judicial ante cuyos estrados tramite la causa, adopte la postura en virtud de la cual el dinero no se encuentra incluido dentro del concepto aduanero de mercadería o, en su caso, el control sobre el egreso de dinero no se encuentra comprendido por el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando.
- h) **Delito de lavado de activos:** corresponden las mismas consideraciones que se efectuaron al tratar la importación de dinero en efectivo (ver punto 7.1.2, apartado "f").
- i) **Infracción al Régimen Penal Cambiario (ley 19.359):** aquí también resultan válidas las reflexiones efectuadas al analizar la cuestión relacionada con la importación de dinero en efectivo (ver punto 7.1.2, apartado "g").

¹⁰⁰ El art. 872 del Código Aduanero dispone: "La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponden al delito consumado".

¹⁰¹ Dispone el art. 979 del Código Aduanero: "1. El viajero de cualquier categoría, el tripulante o cualquier persona que extrajere o pretendiere extraer del territorio aduanero por vía de equipaje o de pacotilla, según el caso, mercadería que no fuere de la admitida en tal carácter por las respectivas reglamentaciones, será sancionado con una multa de UNO (1) a TRES (3) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción. 2. En el supuesto previsto en el apartado 1, si la exportación para consumo de la mercadería en infracción estuviere prohibida se aplicará además su comiso".

VIII. CONCLUSIONES

1. Los fallos judiciales citados durante el desarrollo del presente trabajo, ponen en evidencia los desencuentros interpretativos que giran en la actualidad en torno a la inclusión del dinero dentro del concepto aduanero de mercadería.
2. Se advierte la existencia de divergencias hermenéuticas respecto del alcance que se le asigna al control aduanero a los efectos de la delimitación de la figura del contrabando. En consecuencia, en la medida en que se adopte una concepción amplia del bien jurídico protegido por el delito de contrabando, las conductas vinculadas con el ingreso y el egreso de dinero en efectivo podrían configurar el delito en cuestión, ello claro, siempre que concurren los demás elementos exigidos por el tipo penal. En cambio, la adopción de una tesis más restrictiva determinará que no se configure dicho delito.-
3. Las conclusiones señaladas en los puntos 1 y 2 dan cuenta de la necesidad de tender hacia una jurisprudencia uniforme para la preservación de los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley y, en consecuencia, de la seguridad jurídica.-
4. Entiendo que una reforma legislativa que ponga fin a las discrepancias en torno a la inclusión del dinero dentro del concepto aduanero de mercadería, podría contribuir en parte a lograr la pretendida uniformidad jurisprudencial. A tales efectos, estimo prudente proponer el agregado de un tercer apartado al actual art. 10 del Código Aduanero que disponga expresamente: *“Los billetes de banco, nacionales o extranjeros, constituyen mercadería a los efectos de este código”*.
5. Sin perjuicio de la reforma propuesta precedentemente, lo cierto es que aún restaría resolver la determinación del bien jurídico protegido por el delito de contrabando, es decir, el problema del alcance del control aduanero. En este aspecto, atendiendo a la dinámica propia de los delitos económicos, entiendo que una estructuración de la norma mediante un tipo penal cerrado no tendría utilidad en la práctica diaria, toda vez que los sucesivos cambios legislativos carecerían de virtualidad

para adecuarse rápidamente a la situación histórica que pretendan regir. En efecto, y tal como ya fuera advertido mediante un enfoque que comparto, en el ámbito del derecho penal económico la tipificación de conductas de naturaleza dinámica y variable a través de tipos penales abiertos y en blanco, constituyen uno de los grandes desafíos que enfrenta en la actualidad el principio de legalidad¹⁰².

¹⁰² VIDAL ALBARRACÍN, Guillermo (h.); Vidal Albarracín, Héctor G. *“El contrabando y la evasión impositiva”*, publicado en Sup. Derecho Económico, febrero, 2004, 193, La Ley, cita online AR/DOC/551/2004.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Mario Á.; BARREIRA Enrique C.; BASALDÚA Ricardo X.; COTTER MOINE Juan P. y VIDAL ALBARRACÍN Héctor G. *“Código Aduanero Comentado”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, tomos I, II y III, 2011.

BASALDÚA, Ricardo Xavier, *“La Aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes”*, Revista de Estudios Aduaneros N° 18, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J., *“Manual de la Constitución reformada”*, Ediar, Buenos Aires, t. I, 1998.

BORINSKY, Mariano H. *“Tráfico de dinero en efectivo. Regulación legal, análisis doctrinario y jurisprudencial actualizado.”* Revista de derecho penal y procesal penal n°11, Buenos Aires, 2011.

CESARINI LUIS, *“Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada”*, publicado en La Ley 2014-A, 665, 06/02/2014, cita online AR/DOC/4681/2013.

COTTER, Juan Patricio (coordinador) *“Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

COTTER, Juan Patricio (h.) *“El régimen penal cambiario. Breves reflexiones desde la óptica del derecho aduanero.”* Revista de Estudios Aduaneros N° 20, p. 41.

DE GREGORIO, José, *“Macroeconomía. Teoría y Políticas”* 1ed., Pearson Educación, México, 2007.

FERNANDEZ LALANNE Pedro *“Código Aduanero Comentado y Anotado”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Volumen II, 1997.

GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. *“Derecho Tributario. Derecho tributario formal, procesal y penal”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. II, 2010.

GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”*, La Ley, Buenos Aires, t. I, 2008.

GRILLO, Iride Isabel María "Estado de derecho y seguridad jurídica", La Ley, cita online: AR/DOC/10367/2003.

LASCANO, Julio Carlos, "Los derechos de aduana", Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires 2007.

PAGANO, José León (h.) "Derecho Penal Económico", Depalma, Buenos Aires, 1983.

QUINTELA Roberto Luis, "Introducción a la Economía, teoría técnica y realidad" 1ed, Grafi-K., Buenos Aires, 2011.

VICENTE Eduardo J., "El dinero como objeto del delito de contrabando", Revista de estudios aduaneros N° 15.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "La importancia de la precisión del bien jurídico tutelado", publicado en Sup. Penal 2012 (octubre), 33, La Ley 2012-F, 17, cita online AR/DOC/4990/2012.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "Contrabando de divisas: Los pasajeros y la otra inseguridad", publicado en Sup. Penal 2011 (abril), 14, La Ley 2011-B, 505, cita online: AR/DOC/700/2011.

VIDAL ALBARRACÍN Héctor G., "Delitos aduaneros", Mave Editora, Corrientes, 2010.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "La constitucionalidad de la equiparación de pena en la tentativa de contrabando", Revista de estudios aduaneros N° 21.-

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "El contrabando de divisas y el principio de legalidad", publicado en Sup. Penal 2009 (noviembre), 26, La Ley 2009-F, 622.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., "El dinero no es todo, pero ¿es mercadería? Necesidad de unificar criterios", publicado en Sup. Penal 2005 (noviembre), 27, La Ley 2005-F, 573, cita online AR/DOC/3571/2005.

VIDAL ALBARRACÍN, Guillermo (h.); Vidal Albarracín, Héctor G., "El contrabando y la evasión impositiva", publicado en Sup. Derecho Económico, febrero, 2004, 193, La Ley, cita online AR/DOC/551/2004.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *"Pasajeros que transportan dólares en su equipaje"*, publicado en Sup. Penal 2002 (noviembre), 5, La Ley 2003-A, 74, cita online AR/DOC/207/2001.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *"El mal llamado contrabando de dinero"*, publicado en La Ley 2001-B, 1008, cita online AR/DOC/16720/2001.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *"El alcance del concepto de mercadería a los fines del delito de contrabando"*, publicado en La Ley 2000-C, 247, cita online AR/DOC/16413/2001

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., *"Otra vez sobre el control aduanero en el delito de contrabando"*, publicado en La Ley 1989-B, 191, cita online AR/DOC/21723/2001.

NORMAS JURÍDICAS: Las normas jurídicas citadas en este trabajo fueron consultadas a través de InfoLEG, base de datos del Centro de Documentación e información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Sitio de internet: <http://www.infoleg.gob.ar>.