

EL *ITER CRIMINIS* EN EL DELITO DE CONTRABANDO

M. Magdalena Ossandón Widow*

I. Introducción; II. Contrabando propio: a. Consumación; b. Comienzo de la tentativa; III. Contrabando impropio: a. Consumación; b. Comienzo de la tentativa; IV. Situaciones especiales: a. Castigo de actos previos o posteriores a la consumación; b. Figuras contravencionales anticipativas; V. Penalidad de la tentativa: a. Polémica sobre su conformidad constitucional; b. Legislación comparada; c. Consideraciones criminológicas y político-criminales; d. Consideraciones dogmáticas.

I. Introducción

La distinción entre las diversas etapas por las que transcurre el *iter* delictual es una cuestión de primera relevancia y de gran complejidad. Pero la importancia del distinguo parece ir de la mano con la dificultad para establecerlo, materia en la que ninguna de las teorías que plantea la doctrina ha logrado ofrecer un criterio definitivo.

A las dificultades generales, en el ámbito aduanero se añaden problemas particulares, tanto por las fórmulas que la regulación emplea para la configuración de los tipos penales como por su estrecha relación con las disposiciones administrativas que versan sobre la misma materia.

Las consideraciones siguientes se refieren a estas cuestiones en relación con el delito de contrabando. A este respecto, cabe recordar que el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas (de ahora en adelante OA) sanciona bajo esa denominación genérica dos grupos de supuestos delictivos. En primer lugar, según dicha norma incurre en este delito “el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”. En sus incisos tercero y cuarto añade lo que antiguamente se definía como fraude aduanero, indicando que comete también el delito de contrabando “el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana. Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes.”

* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora adjunta de Derecho penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Así, actualmente¹, el delito de *contrabando* incluye conductas que no quedan comprendidas dentro del campo semántico de aquella expresión. Por ello, se acostumbra a distinguir entre contrabando *propio* e *impropio*. La primera denominación alude a la importación o exportación de mercancías prohibidas y la segunda se utiliza para designar al resto de las conductas de defraudación de la hacienda pública en el tránsito fronterizo de mercancías, sea que impliquen engaño (*contrabando impropio fraudulento*) u ocultación (*contrabando impropio clandestino*)².

En lo que sigue recurriremos a la distinción entre contrabando propio e impropio para delimitar sus etapas de desarrollo, porque el problema del comienzo de ejecución de la conducta y del momento en que se entiende consumado el delito debe resolverse en concreto, atendiendo a cada ilícito en particular y en relación al núcleo típico de la figura que se tiene en consideración³.

II. Contrabando propio

El tipo está estructurado sobre la base de dos conductas que aparecen mencionadas conjuntamente en el inciso segundo del artículo 168 OA: a) introducir al territorio nacional mercancías cuya importación estuviere prohibida; y b) extraer del territorio nacional mercancías cuya exportación estuviere prohibida. A ellas se agrega una tercera hipótesis conductual, que consiste en trasladar mercancía extranjera cuya importación estuviere prohibida desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes, que aparece referida en el inciso cuarto del mismo artículo 168 OA y que corresponde incluir dentro del tipo de contrabando propio, en virtud de la remisión a “los incisos precedentes” que efectúa la parte final de esta disposición.

Las tres conductas que integran el tipo deben ser entendidas, en principio, en un sentido natural, considerando que para la descripción de la actividad prohibida la ley se ha valido de verbos rectores “de tonalidad descriptivo natural”⁴. Es decir, que los núcleos típicos representarían en su sentido físico-espacial la conducta de trasladar el objeto, de hacerlo pasar a través de las fronteras materiales que indica la norma y no la consumación de una destinación aduanera respecto de dicho objeto. Por lo demás, dicho comportamiento no podía referirse al hecho de *importar* o *exportar* la mercancía, conceptos jurídicamente definidos que implican

¹ A raíz de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.738, de 2001.

² La distinción entre contrabando propio e impropio ya era utilizada desde antes por algunos autores. Así, por ejemplo, GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Contrabando y fraude aduanero*, Valparaíso, Edeval, 1998, pp. 39-41.

³ En este sentido, GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 44, y VIDAL ALBARRACÍN, H., *Delitos aduaneros*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1987, p. 274.

⁴ Así GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, pp. 40-41, quien destaca que en España los verbos rectores *importar* y *exportar* hayan sido interpretados por la doctrina en su alcance físico, de introducir y enviar, no en el jurídico-económico.

siempre una actividad inserta en la legalidad.

Pero aunque esto es correcto, al mismo tiempo cabe advertir que, desde otro punto de vista, no puede afirmarse que esos verbos sean elementos meramente descriptivos del tipo. No sólo porque todos los términos empleados por el legislador están siempre provistos de un *matiz valorativo* por el mero hecho de estar incorporados dentro de la ley penal⁵, por lo que deben concretarse dentro del sentido de esa prescripción jurídica. Además de lo anterior, en este caso estamos en un sector del ordenamiento jurídico-penal que se encuentra íntimamente vinculado con la regulación administrativa de la materia, lo que condiciona en gran medida el sentido que se le asigne a las expresiones legales⁶.

En consecuencia, los conceptos de *introducción* o *extracción*, aunque aluden a un traspaso físico de las fronteras, deben ser delimitados en cada caso concreto con criterios normativos, en atención al fin de la norma y a la regulación administrativa con la que se relacionan. Sólo así se puede precisar mejor cuándo estamos ante un ingreso o salida jurídico-penalmente relevante.

Desde esta perspectiva, en general, podemos afirmar que el delito está indisolublemente vinculado con el control aduanero al que debe someterse el ingreso o salida de la mercancía. Su perfeccionamiento presupone, por ende, que se traspase o eluda dicho control. De ahí que, por ejemplo, en el caso de los bienes transportados por vía aérea, no se considere introducida o extraída la mercancía al momento de cruzar materialmente la frontera geográfica marítima o terrestre, sino al traspasar o eludir el control aduanero respectivo.

Esta interpretación normativa de los conceptos es también compatible con la regulación aduanera, que no circunscribe el término *introducir* al traspaso físico de la línea fronteriza. En algunas ocasiones lo entiende en sentido físico como, por ejemplo, en el artículo 34 OA cuando se dispone que “las mercancías introducidas al territorio nacional deberán ser presentadas a la Aduana”. Pero en otras, trasciende esta significación; por ejemplo, el numeral cinco del artículo 2° OA define *zona primaria* como “el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional”, lo que implica que una mercancía que está dentro de este recinto –y que, en consecuencia, ha traspasado la frontera– todavía no ha sido introducida en nuestro territorio.

⁵ Dentro de la ley los elementos son, cuanto más, cuasi-descriptivos, en la terminología de WRÓBLEWSKI, por ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 48. Es decir, aunque existe una descripción *prima facie*, su estructura profunda revela un carácter valorativo.

⁶ Por esta razón, la normativización de los conceptos resulta todavía más evidente en relación con el contrabando impropio.

a. *Consumación*

Señalado que las conductas constitutivas de contrabando propio son el ingreso de mercancía al país, su salida hacia el extranjero y su paso desde una zona de tratamiento aduanero especial al resto del país, en principio, la consumación del delito se producirá cuando el objeto efectivamente entre al territorio nacional, cuando salga de él o cuando deje la zona sometida a régimen tributario preferencial. En otras palabras, cuando la mercancía traspasa la frontera marítima o terrestre respectiva.⁷

Pero como la interpretación del tipo se relaciona con el sometimiento a la potestad aduanera, para determinar cuándo se ha producido un traspaso jurídicamente relevante de las fronteras no bastará con el mero hecho de pasar la frontera geográfica, sino que es preciso atender a las circunstancias particulares del hecho, distinguiendo diversas situaciones.

En primer lugar, si éste se realiza por *lugares no habilitados*, sustrayendo la conducta a cualquier tipo de control, bastará con que la mercancía traspase los límites territoriales⁸.

La segunda posibilidad es que la operación se realice a través de una *aduana*, y entonces es preciso hacer nuevas distinciones. Si el ingreso o salida se ejecutan evitando, de cualquier modo, el control aduanero, las mercancías deberán traspasar el perímetro de los recintos aduaneros. Si, por el contrario, el autor se somete a un control, pero engaña a la autoridad aduanera para que no detecte el ingreso o salida de las mercancías, deberá concluir la tramitación de la destinación aduanera.

Cuando de lo que se trata es de extraer mercancías del territorio nacional,

⁷ En España es dominante la tesis de que lo decisivo es la entrada o salida del territorio del Estado entendido en sentido geográfico, ver BAJO FERNÁNDEZ, M., “Importación o exportación de géneros de lícito comercio” en *Comentarios a la legislación penal*, III, Madrid, Edersa, 1984, pp. 44 ss.; BAJO FERNÁNDEZ - PÉREZ MANZANO – SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal. PE. II. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1993, p. 669; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. PE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 557; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, 16ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 1044. En contra, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, pp. 241 ss., defiende el criterio del territorio aduanero por sobre el geográfico, considerando que es allí donde se lleva a cabo el control aduanero contra el cual se atenta en los delitos de contrabando; y similar, SOTO NIETO, “Delito de contrabando. Territorio aduanero. Formas perfectas e imperfectas de dicha infracción”, en *La Ley*, tomo 6, Madrid, 1997, p. 1502, ambos citados por RENART GARCÍA, F., “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 10, 2002, p. 183. Este último se inclina por un concepto diferenciado de territorio, pues para el caso de contrabando de bienes culturales deberá considerarse el territorio geográfico, mientras que la protección de otros bienes jurídicos podrá adecuarse mejor determinar la conducta en relación con el territorio aduanero (pp. 184-185, especialmente n. 96).

⁸ En este sentido GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, pp. 45-46 y GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima, Grijley, 2007, p. 741.

para que se cumpla con lo que el verbo rector expresa es indispensable además que los bienes efectivamente salgan del país, por lo que el delito sólo estará consumado cuando éstos traspasen la línea fronteriza⁹.

b. Comienzo de la tentativa

Diferenciar los actos preparatorios del comienzo de la tentativa, algo esencial dada la impunidad de los primeros, adquiere mayor preponderancia en los delitos aduaneros, porque éstos se castigan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa, según lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 178 OA.

Existe tentativa desde que los comportamientos realizados importan un inicio de ejecución en los términos que exige el artículo 7° CP. Pero precisar esto es sumamente discutible en el delito de contrabando.

Se han propuesto diversos criterios¹⁰, que ponen el acento en aspectos subjetivos (atendiendo al plan del autor, la tentativa comenzaría cuando éste se pone en movimiento hacia la frontera para llegar de un “solo tirón”¹¹), en aspectos objetivos (considerar que la ejecución comienza sólo cuando se alcanza el límite territorial o el puesto de aduana correspondiente), en aspectos objetivos y subjetivos (atendiendo al plan del autor, son preparatorios los actos que hacen posible la ejecución de otros actos que materialicen la finalidad del autor, mientras que los actos que efectivizan o producen la finalidad implican un inicio de ejecución¹²), en los juicios político criminales recogidos en el respectivo tipo penal, etc. Más modernamente, se prefiere definir la tentativa a partir de criterios de imputación objetiva, pues ella implica la posibilidad de imputar el comportamiento, es decir, “la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes derivados de las competencias por organización

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, “Importación o exportación de géneros de lícito comercio”, pp. 44 ss., en el marco de la discusión española sobre si el territorio del que deben salir las mercancías es el geográfico o el aduanero, advierte que no se puede dar valor a éste último pues considera “absurdo en todo caso que quien traspasa el control aduanero con el género cometa, desde ya, un delito de exportación (...) La letra de la Ley no permite afirmar aquí la consumación del hecho, pues quien se mantiene dentro del territorio español no ha *exportado* nada fuera del mismo territorio, es decir, no ha enviado, trasladado o extraído nada del territorio español a territorio extranjero”. La advertencia es plenamente válida, pero sólo en lo que se refiere a la extracción de mercancías del país, en tanto que para la introducción si tiene relevancia el territorio aduanero.

¹⁰ La exposición de los mismos corresponde a GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. PE*, pp. 741-742, con referencias a la doctrina alemana.

¹¹ Entonces, si el autor decide pasar la noche en un hotel antes de llegar a la frontera, todavía no se habría dado comienzo a la tentativa.

¹² Distinción formulada por PESSOA, N. R., *La tentativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, p. 67, cit. por VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, pp. 273-274, quien la aplica al contrabando y estima que son actos *posibilitadores*, por ejemplo, el acondicionamiento de la mercancía o tener mercancía oculta a bordo de una nave; y *productores*, la presentación ante la autoridad aduanera o descender de la planchada de un buque con la mercancía oculta entre las ropas.

atribuidas al sujeto económico”¹³.

En esta línea, puede afirmarse que “si la conducta tiene en sí ínsito un sentido delictivo, es decir, si sólo cobra sentido engarzada la comisión posterior de un ilícito, entonces hay ejecución y no preparación”¹⁴. Por el contrario, cuando la conducta tiene un sentido propio, autónomo e independiente de la comisión de un delito posterior, es meramente preparatoria. Como es obvio, al reconocer esto no se avanza demasiado en la delimitación de lo ejecutivo y lo preparatorio, pues es difícil determinar en cada caso el “sentido” de la conducta. Esto es así, especialmente, porque “lo que determina el sentido del comportamiento no sólo depende de la afirmación del comportamiento, sino también del contexto en que se enmarca”¹⁵.

Pero se pueden ofrecer, al menos, algunas pautas, para lo cual es necesario discriminar las situaciones posibles, tal como hicimos a propósito de la consumación. Así, si el intento por introducir o extraer la mercancía prohibida ocurre en recinto aduanero, es claro que la *presentación* de los objetos ante la Aduana constituye ya una tentativa¹⁶. Las conductas previas por lo general no pasarán de lo preparatorio, salvo que las características particulares del hecho las priven de un sentido autónomo no delictivo. Por ejemplo, por tratarse de un camión de transporte internacional que se dirige a la frontera, o porque la mercancía está oculta dentro de un vehículo especialmente acondicionado para tal efecto.

En cambio, si se intenta operar a través de un lugar no habilitado, el principio de ejecución puede adelantarse a conductas de mero *tráfico* o *transporte* de las cosas, en la medida en que trasladar la mercancía directamente hacia ese lugar sólo puede orientarse a hacerla salir del país sustrayéndose del control aduanero. No parece necesario exigir que ya se hubiere alcanzado el límite territorial, siempre que existan datos objetivos –la cercanía con el lugar¹⁷ o la ruta en que se encuentra el vehículo– que confieran a la conducta un sentido claramente delictivo¹⁸.

¹³ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PE, p. 743.

¹⁴ PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2006, p. 139.

¹⁵ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Lima, Grijley, 1998, p. 84, advierte que las soluciones matemáticamente exactas sólo pueden estar basadas en premisas erróneas; las dificultades en la delimitación se deben a la variabilidad y complejidad de la propia vida social.

¹⁶ GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, pp. 45-46, entiende que sólo entonces existe tentativa y que todos los actos que la antecedan deben calificarse de preparatorios.

¹⁷ En Perú, el artículo 13 del D.L. 20.153 de 1973 se ponía en esta situación y, para sortear las discusiones, penalizaba como delito de contrabando el transportar productos o mercancías a menos de 50 kilómetros de la frontera sin la autorización correspondiente, cit. por GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PE, p. 742, n. 30.

¹⁸ La propia Ordenanza de Aduanas recoge expresamente un criterio similar cuando, en el artículo 180, presume responsables del delito de contrabando a las personas que dentro de las zonas

Los actos de acondicionamiento de la mercancía previos a su transporte deberían considerarse, en ambos casos, como meramente preparatorios¹⁹.

III. Contrabando impropio

Dos elementos distinguen al delito de *contrabando impropio*: el hecho de recaer sobre mercancía de lícito comercio, es decir, especies que pueden ingresar libremente al país, o salir de él con la misma libertad, y el hecho de que tales operaciones se realizan de modo fraudulento o clandestino, es decir, asumiendo una actitud engañosa ante el Servicio de Aduanas o bien omitiendo la presentación de las especies ante él.

La conducta típica aparece expresada con el verbo *defraudar*, vocablo que cuenta con dos acepciones en el léxico jurídico-penal: en un sentido amplio, indica la idea de perjudicar patrimonialmente; en un sentido restringido, la idea de engañar a una persona. Puesto que la fórmula utilizada para enunciar la conducta alude a una defraudación causada a la *hacienda pública*, locución esta última que refiere a una unidad patrimonial y no al ente que gestiona o representa a dicha unidad, sólo cabe concluir que la conducta típica debe ser entendida como *perjudicar* los intereses patrimoniales del Estado.

Según la descripción típica, la conducta puede asumir dos modalidades de ejecución:

- a) La *evasión tributaria*, que presupone la presentación de las mercancías a la Aduana y la suscripción de un documento de destinación, pero simulando que la operación está liberada del pago de tributos o que éstos son inferiores a los que legalmente corresponde pagar; y
- b) La *no presentación* de las mercancías a la Aduana, actitud que se concreta en su ocultación al momento de enfrentar el control aduanero o en el paso por un punto en que no existe presencia de la autoridad aduanera.

La conducta debe darse al momento de introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, o bien al momento de hacer pasar las especies desde una zona de régimen tributario preferencial al resto del país, expresiones que tienen en este caso el mismo alcance que en el delito de contrabando propio.

primarias traten de movilizar o transportar mercancías *si la movilización no está encaminada a la presentación inmediata de ellas a la Aduana*.

¹⁹ La cuestión depende, como es obvio, de la teoría que se adopte para hacer la distinción. Pero la conclusión expuesta es sustentable según cualquiera de los tradicionales criterios objetivos de distinción, es decir, sea que se ponga el acento en la vinculación con el verbo rector del tipo, con la univocidad o equívocidad del comportamiento o con la existencia de algún peligro para el bien jurídico.

La exigencia de que la hacienda pública resulte efectivamente *defraudada* se traduce en que el tipo asume, para efectos penales, la condición de *delito de resultado*²⁰. En otras palabras, no basta con aparentar que la mercancía está afecta a una exención o a una reducción de tributos aduaneros, ni tampoco basta con omitir su presentación a la Aduana. Se requiere, además, que el Fisco perciba una suma inferior –o, en su caso, que no perciba suma alguna– de lo que legalmente le correspondía percibir a raíz del paso de la mercancía a través de las fronteras del territorio nacional.

a. *Consumación*

Al afirmar que el contrabando impropio está configurado como delito de resultado, en la medida en que requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado típico separable espacio-temporalmente de la conducta realizada²¹, la consumación se produce cuando este resultado se verifica. Sin embargo, comprobaremos que, por lo general, él se produce en el momento mismo en que se ejecuta la conducta típica.

Cuando la operación se realiza por *lugares no habilitados*, sustrayendo la conducta a cualquier tipo de control, bastará con que la mercancía traspase los límites territoriales, momento en el cual también se produce el perjuicio fiscal cuando ella estaba afecta al pago de algún tributo.

En un *recinto aduanero*, en tanto, es preciso distinguir dos situaciones: si la actuación es clandestina, las mercancías deberán traspasar el perímetro de los recintos aduaneros, y si se trata de una conducta fraudulenta, deberá concluir la tramitación de la destinación aduanera, tras haberse invocado una liberación o una reducción de tributos²², momento en el cual resulta perjudicada la hacienda

²⁰ Así se conciben actualmente en forma unánime la doctrina y la jurisprudencia, cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “Fraude aduanero”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, Peñalolén, 2005, pp. 686 ss.; HORVITZ LENNON, M. I., “Problemas de aplicación penal en el tiempo del delito de fraude aduanero”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 6, 2002, pp. 103 ss.; LA MISMA, “Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, N° 3, 2003, p. 126; OLIVER CARDENAS, “Interrogantes que plantea la nueva regulación legal del contrabando”, en *La Semana Jurídica* N° 119, 17 al 23 de febrero de 2003, *passim*, y SCA de Antofagasta de diciembre de 2001, en *RFM* N° 493, pp. XVII y ss.

²¹ Al modo como define los delitos de resultado MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 225.

²² HORVITZ LENNON, “Problemas de aplicación penal en el tiempo del delito de fraude aduanero”, pp. 109-110, aunque no resuelve explícitamente la cuestión, advierte que de la regulación de las circunstancias atenuantes parece entenderse que el delito está consumado “en el momento en que al introducir o extraer mercancías del país, corresponda la declaración y pago de los tributos correspondientes o la exhibición o presentación de las mercaderías a la Aduana. El acto de fiscalización es una conducta de comprobación que acaece con posterioridad a la consumación del delito, cuando ya se ha producido la afectación del bien jurídico”. La autora confiere un sentido normativo a los términos *introducir* o *extraer*, pues los vincula con el momento en que ha de realizarse la declaración y pago, o la exhibición o presentación (y no con el mero traspaso físico de la frontera), pero disintimos de su opinión en orden a que entonces ya esté consumado el delito,

pública²³. Es decir, el ilícito requiere que la autoridad aduanera haya incurrido en un error, tramitando la destinación aduanera en la forma que propone el declarante.

Esta es, generalmente, la dinámica. Pero, como decíamos, el delito está muy condicionado por la regulación a la que accede;²⁴ en particular la figura de contrabando impropio, que depende de las características de los gravámenes que afectan a una mercancía y la forma en que se devengan, lo que puede incidir en el momento de su consumación. Por eso coincidimos con Bascuñán Valdés cuando afirma que “desde el punto de vista del fin de la norma es evidente que el concepto de introducción de mercancías tiene un carácter normativo, en tanto que constituye un supuesto de hecho que origina deberes aduaneros”.²⁵ A partir de esta premisa, y en relación con un supuesto en que habiendo obtenido una liberación de derechos conforme al artículo 35 de la Ley N° 13.039, después se infringe la prohibición de transferir el bien durante un determinado plazo (contemplada en el inciso decimosegundo, N° 2 de ese artículo), el mismo abogado integrante concluye que “en los casos en que la legislación aduanera concede exenciones al cumplimiento de los deberes aduaneros, atendiendo a la concurrencia de ciertas condiciones, es evidente que incorpora negativamente estas condiciones al supuesto de hecho. Así configurado, el supuesto de hecho comprende todo el lapso en el cual las condiciones deben concurrir para que se mantengan las exenciones. Por consiguiente, desde el punto de vista del fin de la norma aduanera debe entenderse que en estos casos la introducción de la mercancía no consiste en un hecho momentáneo, sino en su ingreso y permanencia en el territorio de que se trate”²⁶.

Otro tanto ocurre, por ejemplo, si se extrae un bien desde un territorio sometido a régimen tributario especial: en este caso el delito se perfecciona cuando transcurre el plazo sin que el objeto haya sido retornado, pues entonces se entiende que ha sido ingresado definitivamente en una región con tratamiento arancelario general, con perjuicio para la hacienda pública²⁷.

porque –como la misma autora reconoce– para eso es preciso que se produzca el resultado de perjuicio para la hacienda pública, el que se logra una vez que se ha liberado de pago a la mercancía.

²³ Así, BAJO FERNÁNDEZ - PÉREZ MANZANO - SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal PE*, p. 669; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. PE*, p. 759, y GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 45. La jurisprudencia alemana, en cambio, se conforma con la introducción oculta de las mercancías en la aduana, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. PE*, p. 759, n. 49.

²⁴ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “Fraude aduanero”, p. 687, quien hace depender la continuidad delictiva del “fraude aduanero” después de la reforma de la Ley N° 19.738 de la infracción a las normas aduaneras en que se haya incurrido en concreto.

²⁵ En su voto de prevención en SCS de 11 de noviembre de 2002, Rol N° 3862-2001, contra Schalchli Melo (considerando 16°). De acuerdo con esta interpretación normativa, HORVITZ LENNON, “Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros”, p. 130.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, ver SCS de 24 de enero de 2007, Rol 4006-2005 y SCA de Iquique de 16 de diciembre de 2008. En ambas se estima configurado el contrabando por la salida de un vehículo con pasavante desde la Primera Región, sin retornarlo dentro de los 90 días

Algunos plantean que las *presunciones* que contemplan las letras e), f) y g) del artículo 181 OA avalan esta conclusión²⁸, en tanto ellas suponen la comisión del delito de contrabando impropio –fraude aduanero, según la terminología de la norma– cuando se incumplen las obligaciones contraídas al obtener el pago diferido de derechos, una reducción de los tributos o la admisión temporal de la mercancía al país, lo cual implicaría tener por *introducidos* los bienes en un momento muy posterior al de su ingreso físico al país²⁹.

De todo lo anterior deriva, además, una singularidad del delito de contrabando impropio clandestino, esto es, que el resultado requerido por el tipo se produce en el momento mismo en que se verifica la conducta típica. En efecto, aunque el núcleo del tipo consiste en *defraudar*, la disposición requiere que esto se realice al *introducir* al territorio mercancía de lícito comercio. En los casos generales, cuando esto se realiza a través de una Aduana, como las mercancías sólo pueden ser retiradas de los recintos de depósito aduanero para ingresarlas al país previo pago de los derechos, impuestos, tasas, tarifas, multas y otras cargas que se adeuden por actos u operaciones aduaneras (artículo 94 OA), no es posible ejecutar toda la conducta típica requerida por el tipo –introducir las mercancías– sin que se verifique al mismo tiempo el perjuicio fiscal. Y en aquellos supuestos en que se permita retirar las mercancías antes del pago, la situación será similar: como el monto adeudado es fijado antes del ingreso de la mercancía al país, entonces, si la operación ha sido fraudulenta, el crédito surgido a favor del Estado será inferior del que hubiera correspondido, y puede afirmarse que se le ha ocasionado un perjuicio patrimonial. En tanto que si los tributos han sido determinados correctamente, el que no se verifique el pago con posterioridad al ingreso de las mercancías dará origen a otras formas de responsabilidad, pero no configura un hecho delictivo. Por otra parte, cuando el comportamiento se verifica por un paso no habilitado, como ya hemos advertido, el traspaso de las fronteras produce al mismo tiempo el perjuicio fiscal. En consecuencia, en estos supuestos no es concebible una hipótesis frustrada de este delito: siempre que el delincuente pone

reglamentarios, momento en el cual se entiende internado definitivamente a una región con tratamiento arancelario general, lo que está prohibido por el artículo 21 de la Ley N° 18.483 y provoca un daño patrimonial a los intereses fiscales al no pagar los tributos asociados a la internación del vehículo al resto del país. Similar, la SJG Copiapó, de 14 de junio de 2005, RIT 3269-2004, RUC 0400106599-3, estima que la comercialización en el mercado informal de un vehículo ingresado al país con documentación adulterada, en que el comprador omite el pago de los derechos de internación del aludido vehículo, hace nacer para el adquirente la obligación de pagar los derechos correspondientes, por cuanto el vehículo se encontraba sujeto al régimen de admisión temporal y en ese momento se hace definitiva su permanencia en Chile (fallo anulado por SCS de 06 de septiembre de 2005, Rol 3118-2005, pero por razones formales).

²⁸ En este sentido, también, Bascuñán Valdés en su voto de prevención en la SCS de 11 de noviembre de 2002, Rol N° 3862-2001, contra Schalchli Melo (considerando 17°).

²⁹ En cambio, GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 54, concibe estas disposiciones como meras reiteraciones de la presunción contenida en la letra d) del mismo artículo 181, pues todas ellas implicarían que se ha obtenido engañosamente la liberación o la reducción de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas.

todo de su parte para que el contrabando impropio se consume, esto es, hace que la mercancía traspase los recintos aduaneros o las fronteras del territorio nacional, el *resultado* se produce, y el delito debe reputarse consumado.

b. *Comienzo de la tentativa*

Al igual que respecto del contrabando propio y por las razones entonces indicadas, el comienzo de la tentativa depende del contexto en que se desarrolle la conducta, en particular, del lugar por el cual se pretende realizar la operación. En un recinto aduanero, generalmente la tentativa se inicia con la *presentación* de los objetos ante la Aduana³⁰⁻³¹. Si se intenta operar a través de un lugar no habilitado, en tanto, el principio de ejecución se puede adelantar al *tráfico* o *transporte* de las cosas que se quiere enviar al extranjero o introducir al país. Los actos de acondicionamiento de la mercancía previos a su transporte deberían considerarse, en ambos casos, como meramente preparatorios.

Sin embargo, la mayor complejidad de la descripción típica del contrabando impropio permite afirmar que “principia su proceso ejecutivo con el empleo de la actividad instrumentalmente requerida por el tipo”³², es decir, de aquella actividad relacionada con el engaño y la ocultación de la mercancía, aunque todavía no esté dirigida a introducirla o expatriarla. Dicha actividad, en todo caso, está relacionada fundamentalmente con el paso de la mercancía por un recinto aduanero, pues si no es así, no tiene mayor sentido ocultarla o preparar un engaño.

³⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PE, p. 760 limita el comienzo de la tentativa a la declaración de aduanas, solución acorde con la figura de defraudación aduanera peruana, que supone que el fraude se realice mediante trámite aduanero, quedando fuera del tipo las conductas de introducción de mercancías sujetas al pago de derechos arancelarios que se efectúe por lugares no autorizados (p. 755).

³¹ Así, por ejemplo, en sentencia de 2 de mayo de 2007, Rol 805-2006, la Corte de Apelaciones de Iquique consideró que el hecho de haber encontrado dentro de un bus de turismo, en el interior de las toberas adosadas al techo a ambos costados y bajo el *chasis* en un estanque metálico con puerta, una cierta cantidad de mercancía extranjera, no configuraba el delito de contrabando y, aunque no lo dice expresamente, tampoco tentativa, porque de lo contrario habría sancionado a este título. El hecho fue descubierto por funcionarios aduaneros y policiales que estaban en estado de alerta esperando el arribo del bus a la avanzada aduanera, sospechando el transporte de drogas ilícitas, lo que imposibilitó que sus pasajeros pudieran efectuar los trámites aduaneros correspondientes a la salida de esa Región con régimen aduanero especial. Los funcionarios argumentaron que la mercancía se encontraba oculta en una “caleta” –compartimiento disimulado para transportar la mercancía–, pero el tribunal descartó que el estanque ubicado en la base de la carrocería pudiera ser reputado como tal, porque era detectable a simple vista con una revisión superficial del vehículo. En otras palabras, aunque parca en sus argumentos, la Corte consideró que los comportamientos realizados no pasaban de ser actos preparatorios de un delito de contrabando impropio. El fallo afirma que distinta habría sido la situación si el vehículo hubiera sido revisado a la salida de la Avanzada Aduanera y, podríamos agregar, también habría sido distinta si la mercancía hubiese estado realmente oculta en una “caleta”, pues aparentemente entonces el hecho habría podido ser calificado como tentativa, porque el comportamiento sí tendría un claro “sentido delictivo”.

³² GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 46, en relación con el contrabando impropio fraudulento y la actividad relacionada con el engaño.

Por lo mismo, que la mercancía esté oculta o que se esté desarrollando algún ardid constituye un fuerte indicio en orden a demostrar que el traslado pretendía realizarse por un lugar habilitado.

A esta interpretación, sin embargo, se le podría objetar que adelanta la tentativa punible del contrabando impropio en comparación con lo que ocurre en el contrabando propio, delito respecto del cual el mero hecho de ocultar la mercancía o comenzar a elaborar un ardid, en general, no sería punible. Sin embargo, esta diferencia es más teórica que práctica. Ello, porque el contrabando impropio se configura fundamentalmente al *ingresar* mercancía defraudando a la hacienda pública; pues cuando se la exporta no existen tributos que pagar. Por lo tanto, los comportamientos previos que, según este criterio, podrían estimarse principio de ejecución punible, normalmente se desarrollan fuera de los límites territoriales del Estado quedando excluidos de la jurisdicción de nuestros tribunales.

Hay, sí, excepciones, es decir, casos en que tales comportamientos se realizan dentro del territorio nacional, por lo que es aplicable la legislación chilena y se verificaría, por ende, la diferencia denunciada. Por ejemplo, en el contrabando impropio que se realiza desde una zona de régimen tributario especial a otra de mayores gravámenes. Con todo, en este caso el adelantamiento en las barreras de protección podría justificarse en que la conducta atenta no sólo contra la hacienda pública, sino que además afecta los objetivos por los que se ha establecido ese tratamiento aduanero especial. Otra excepción vendría dada respecto de los diversos comportamientos que se desarrollan en un vehículo que ya se encuentre dentro del territorio físico o de las aguas territoriales, pero antes de llegar al puerto de destino. Sin embargo, podemos advertir que en estas hipótesis la propia ley se ha preocupado de sancionar algunas conductas previas a la tentativa de contrabando propio, pues el artículo 179 presume responsables del delito de contrabando diversas hipótesis de traslado o movimiento de la mercancía, esté o no encaminada a pasar por un recinto aduanero.

IV. Situaciones especiales

A las dificultades propias de la distinción entre las diferentes etapas de desarrollo del delito, en el ámbito aduanero se añade la compleja regulación de los ilícitos, la que genera algunas situaciones excepcionales.

a. Castigo de actos previos o posteriores a la consumación

Comportamientos previos son los que contemplan las letras a), b) y c) del artículo 179 OA; la letra c) del 181 OA³³⁻³⁴, como así también algunas de las hipótesis

³³ GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 53 estima que se trata de actos meramente preparatorios de un delito de contrabando propio o fraudulento.

descritas en el artículo 180 OA, todos los cuales constituyen actos preparatorios o tentativa dependiendo del supuesto concreto de que se trate, de conformidad con los criterios recién propuestos.

Al margen de lo criticables que pueden resultar estas disposiciones por utilizar la inadmisibles figura de las presunciones, la inclusión de actos meramente preparatorios como presunciones de autoría de contrabando resulta también censurable por constituir un adelantamiento exagerado de las barreras de protección, que ni siquiera va acompañado de una disminución de la pena. En cambio, cuando se trata de disposiciones que incluyen actos que, en estricto rigor, constituyen tentativa de delito –a las que se añaden otras normas que incorporan expresamente la tentativa junto a la modalidad consumada, como ocurre en el artículo 180 OA y en las hipótesis previstas en las letras a) y b) del artículo 181 OA–, la presunción no tiene demasiada relevancia, porque dentro del régimen general impuesto por el inciso quinto del artículo 178 OA, de todos modos se sanciona ese principio de ejecución con la pena del delito consumado.

La letra e) del artículo 179, por su parte, se refiere a conductas posteriores a la consumación del delito de contrabando. Por ello, lesiona el principio de *proporcionalidad* al sancionar con la misma pena que al autor –y sin aparente justificación– a quienes sólo podrían ser considerados encubridores-receptores de las mercancías objeto del delito principal, motivo por el cual ha sido calificada como una mera “sospecha de delito”³⁵. Dado que la OA contiene otras disposiciones destinadas a regular conductas de intervención post-consumativa, esta materia debería reconducirse a ellas, para lograr una regulación uniforme de toda la actividad posterior a la consumación.

Por último, ya adelantamos que las situaciones contempladas en las letras e), f) y g) del artículo 181 OA, se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a la tramitación de una destinación aduanera. En relación con estos hechos, hay que distinguir dos clases de hipótesis:

Si la conducta fue fraudulenta desde sus inicios y se realizó ante la autoridad aduanera, el delito de contrabando impropio queda configurado desde que se libera o se reduce la carga impositiva, situación que puede ser subsumida tanto en la descripción del artículo 168 como en la letra d) del artículo 181³⁶. La

³⁴ Respecto de esta hipótesis cabe advertir que aunque se plantea en términos disyuntivos la ejecución de dos conductas –transportar mercancías o guardarlas de modo oculto o engañoso– creemos que la inteligencia de la norma requiere que el transporte se verifique en algunas de las condiciones descritas, pues de lo contrario se reputaría responsable de fraude al que transporte mercancías sin más, lo que carece de toda lógica.

³⁵ GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 47.

³⁶ En este sentido, puede sorprender el criterio adoptado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 25 de octubre de 2005, Rol 2060-2005, que absuelve por el delito de contrabando, a una persona que introdujo al territorio nacional un vehículo, al que luego transformó para darle otro destino. Considera que el hecho de ingresar un camión en forma

conducta posterior referida al incumplimiento de las condiciones impuestas no constituiría sino el agotamiento del delito, lo que en principio es penalmente irrelevante. Y decimos que sólo en principio no tiene significación porque, en realidad, en este evento estamos ante un concurso aparente de leyes penales que se resuelve a favor del artículo 181 letra d) en virtud del principio de absorción, pues las demás presunciones se refieren sólo a actos posteriores copenados. La norma desplazada, sin embargo, puede *resurgir* cuando no sea aplicable la primera³⁷. Así, por ejemplo, si transcurrido un cierto tiempo prescribe la acción penal para sancionar por el delito configurado al engañar, podría subsistir la posibilidad de castigar en virtud de la norma en principio desplazada, dado que ella se refiere a un comportamiento ejecutado con posterioridad.

Si no hubo engaño inicial, sólo hay un comportamiento delictivo: aquél en virtud del cual el sujeto incumple las condiciones impuestas y que tiene como título de castigo las figuras contempladas en las letras e), f) y g) del artículo 181 OA.

b. Figuras contravencionales anticipativas

Por otra parte, la Ordenanza de Aduana sanciona como *contravenciones* ciertos comportamientos que pueden ser calificados como fases previas a la consumación de un delito de contrabando. Por ejemplo, violar un sello o romper los cierros colocados por la Aduana (artículo 176 b), colocar mercancías en sitios sospechosos o separados del resto de la carga (artículo 176 d), cargar o descargar una nave sin autorización en sitios no habilitados (artículo 176 e), etc. Todas ellas constituyen *figuras anticipativas* de las distintas modalidades de contrabando.

Más precisamente, las conductas descritas configuran actos preparatorios en relación con los delitos de contrabando propio o impropio. Los actos preparatorios, por regla general y salvo tipificación expresa, son penalmente impunes. En estos supuestos el legislador ha optado por sancionarlos, pero lo hace extrayéndolos de la esfera penal, para crear con ellos figuras infraccionales de índole administrativa. Al proceder de este modo desliga a dichas figuras del delito al cual naturalmente debieran estar encaminadas; y, en tanto que figuras autónomas, resultan dotadas de plena independencia, tanto en sus componentes objetivos como subjetivos. De ahí, por ejemplo, que para la configuración de estas hipótesis no sea necesario demostrar que la intención del autor se dirigía

legítima, y luego transformarlo para hacerlo un vehículo de carga, no es un hecho constitutivo de delito de contrabando. Solo se dejó de cumplir la condición por la cual fue importado el vehículo, pero no existiría ningún tipo legal que tipifique el hecho de cambiar el destino de un vehículo, ingresado con una finalidad específica, teniendo presente que la internación del vehículo se ajustó a la normativa vigente. No se plantea en la sentencia la posible concurrencia del artículo 181 letra e), eventualmente aplicable al caso, ni que la conducta hubiese sido fraudulenta desde un principio.

³⁷ Sobre esto, MATUS ACUÑA, J. P., “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el ‘resurgimiento’ de la ley en principio desplazada” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 9, 2002, p. 61.

específicamente a la consumación del contrabando, como sí resulta exigible cuando una etapa de desarrollo imperfecta aparece tipificada en vinculación con la consumación de un delito determinado.

El fundamento para sancionar es que las conductas implican un peligro abstracto para el bien jurídico protegido, lo cual implica que el legislador, en un juicio *ex ante*, ha estimado que existe una peligrosidad inherente al comportamiento descrito.

Ahora bien, dadas las circunstancias concretas del hecho, podría existir ya un principio de ejecución del delito de contrabando, como sucedería, por ejemplo, si la colocación de la mercancía en un sitio sospechoso entrañara una forma de ocultación de la misma. Entonces estaríamos frente a una tentativa de contrabando y debería castigarse sólo a este título.

V. Penalidad de la tentativa

La primera parte del inciso quinto del artículo 178 OA dispone que “los delitos de contrabando y fraude a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.”

De este modo, se aparta del régimen general de punición de la tentativa, asignándole la misma pena que al delito consumado. Esta elevación de la penalidad no es una cuestión totalmente extraña al ordenamiento jurídico chileno, pues lo propio disponen, por ejemplo, el inciso primero del artículo 450 del código penal (CP) para algunas hipótesis de robo y el artículo 18 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes. Respecto del primero se ha desarrollado una extensa discusión a propósito de su eventual inconstitucionalidad, cuyos argumentos pueden ser traspuestos aquí para juzgar la disposición aduanera.

a. *Polémica sobre su conformidad constitucional*

No fueron pocos los fallos de nuestros tribunales que acogieron la idea de que la equiparación de penalidad que contempla el artículo 450 CP había sido tácitamente derogada por su contradicción con varias normas constitucionales. Fundamentalmente, el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República (CPR) –el cual exige que la conducta sancionada esté expresamente descrita en la norma penal–, pues aquella disposición no explicitaría el comportamiento al cual se refiere. También entraría en contradicción con el artículo 19 N° 3, inciso sexto, CPR, puesto que se estaría presumiendo *iuris et de iure* la responsabilidad penal correspondiente a la consumación respecto de un hecho que sólo ha quedado en grado de tentativa. Suele argüirse, por último, que vulnera el principio de igualdad, al establecer un trato especial para ciertos delitos, en tanto que en la mayoría de los ilícitos en etapa de ejecución imperfecta se acepta la rebaja de pena.

Sin embargo, parte de la doctrina³⁸, la Corte Suprema³⁹ y el propio Tribunal Constitucional⁴⁰ han desestimado estas alegaciones, por considerar que el artículo 450 CP sólo está destinado a ofrecer una regla especial sobre la pena, haciendo excepción a la rebaja de punibilidad que se concede para el delito imperfecto en la generalidad de los casos con arreglo a lo preceptuado por los artículos 51 y siguientes del CP. No constituye, por ende, una redefinición de la tentativa para esta clase de delitos, es decir, no implica afirmar que la consumación se verifique desde el momento en que hay principio de ejecución⁴¹. Por lo mismo, es una decisión que pertenece al ámbito de discrecionalidad del legislador pues constituye un problema de política legislativa. En cuanto a la desigualdad que conlleva, no es arbitraria sino que se basa en datos objetivos, por lo que no resulta proscrita por el texto constitucional. Por todo lo anterior, según la posición imperante, aunque puede cuestionarse su idoneidad o conveniencia, no vulneraría los principios de tipicidad, de igualdad, de culpabilidad ni la presunción de inocencia.

Lo propio puede afirmarse de la norma aduanera, que se limita a consagrar un régimen especial de punición de la tentativa, asignándole la misma pena que al delito consumado. Por lo demás, la forma en que procede el legislador chileno forma parte de una tradición sólidamente arraigada en el derecho comparado que estaría avalada por las particulares características fenomenológicas del delito.

b. Legislación comparada

La equiparación penológica es una práctica absolutamente frecuente en la regulación aduanera comparada. Por ejemplo, sancionan la tentativa con las mismas penas previstas para el delito consumado, por disposición expresa en ese sentido, las legislaciones de Argentina, Francia, Uruguay, Nicaragua, Italia y Costa Rica⁴².

³⁸ Cfr. VAN WEEZEL, A., “¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código Penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N°1, 2001, pp. 191-194, y BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, Peñalolén, 2004, p. 325 ss. En un sentido diverso, DE LA FUENTE HULAUD, F., “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005, pp. 577-594, entendiendo que el problema de proporcionalidad –reconocido por los demás autores– sería causa bastante para dejar de aplicar la norma.

³⁹ Entre las SCS, ver, por ejemplo, la de 9 de octubre de 2001, Rol N° 1815-2001, y la de 5 de marzo de 2008, Rol 5461-2007.

⁴⁰ Por todas, STC de 6 de marzo de 2008, Rol 825-2007.

⁴¹ De otra opinión, al referirse a la norma aduanera, CONCHA PANTOJA, A., “Los delitos de fraude y contrabando en la legislación chilena”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal de Chile*, Valparaíso, Edeval, 1975, p. 322.

⁴² En este sentido, el artículo 872 del *Código Aduanero* argentino; el artículo 409 del *Code des Douanes*, de Francia; el artículo 281 de la Ley N° 13.318, del Uruguay; artículo 9° de la *Ley sobre defraudación y contrabando aduaneros*, de Nicaragua (Decreto No. 942, de 1 de febrero de 1982); el artículo 293 de la Ley N° 43, de 1973, de Italia, y el artículo 228 de la Ley General de Aduanas de Costa Rica.

Pero, además, no es infrecuente que la propia descripción de la conducta típica del contrabando o, en su caso, de la defraudación aduanera incluya conductas en diferentes grados de desarrollo, al utilizar verbos rectores de consumación junto con otras que denotan una tentativa (el que *intente...*), sancionando todas las hipótesis con la misma pena. Es lo que ocurre en la legislación cubana⁴³, italiana⁴⁴, peruana⁴⁵ y venezolana⁴⁶, así como en los artículos 180 y 181 a) y b) de OA de Chile.

c. Consideraciones criminológicas y político-criminales

Esta práctica obedece, en gran medida, a la fenomenología del delito de contrabando, de su descubrimiento y persecución. En efecto, el contrabando es un delito que normalmente se descubre antes de su consumación, gracias a los controles aduaneros. Dicho de otro modo, las labores de control de aduanas tienen lugar fundamentalmente en el momento de la introducción de las mercancías, pero antes de que la conducta termine, por lo que su detección beneficiaría siempre al autor con una pena en grado de tentativa⁴⁷. En este sentido hay que considerar también que la etapa de tentativa es bastante extensa, en la medida en que la mercancía sólo se entiende ingresada a nuestro país una vez que sale de la zona aduanera⁴⁸. En tanto que una vez que se ha consumado el delito, y

⁴³ El artículo 233 del CP cubano, sanciona con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas al que: a) introduzca o intente introducir en el país objetos o mercancías sin cumplir las disposiciones legales; b) extraiga o intente extraer del país objetos o mercancías sin cumplir las disposiciones legales.

⁴⁴ También se tipifica de modo “adelantado” el delito. El artículo 290 dispone: *Chiunque usa mezzi fraudolenti allo scopo di ottenere indebita restituzione di diritti stabiliti per l'importazione delle materie prime impiegate nella fabbricazione di merci nazionali che si esportano, e' punito con la multa non minore di due volte l'ammontare dei diritti che indebitamente ha riscosso o tentava di riscuotere, e non maggiore del decuplo di essi.* Y el artículo 291 añade: *Chiunque nelle operazioni di importazione o di esportazione temporanea o nelle operazioni di riesportazione e di reimportazione, allo scopo di sottrarre merci al pagamento di diritti che sarebbero dovuti, sottopone le merci stesse a manipolazioni artificiali ovvero usa altri mezzi fraudolenti, e' punito con la multa non minore di due e non maggiore di dieci volte l'ammontare dei diritti evasi o che tentava di evadere.*

⁴⁵ Entre las modalidades de contrabando que describe el artículo 2° de la Ley N° 28.008, Ley de los delitos aduaneros, e incluyen las siguientes acciones: e) *Intentar introducir o introducir al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.*

⁴⁶ La Ley sobre el delito de contrabando, de 2005, en su artículo 2° dispone que incurre en delito de contrabando, y será castigada con pena de prisión de cuatro a ocho años, *cualquier persona que mediante actos u omisiones, eluda o intente eludir la intervención o cualquier tipo de control de la autoridad aduanera, en la introducción, extracción o tránsito de mercancías al territorio y demás espacios geográficos de la República Bolivariana de Venezuela.*

⁴⁷ Lo constata GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*. PE, p. 752, aunque en relación con el caso específico de contrabando sancionado en el artículo 2° e), referido al que intente introducir o introduzca mercancías utilizando cualquier documento aduanero ante la administración de aduanas. En dicho supuesto, según este autor, el desvalor de la conducta gira en torno al uso indebido de la documentación aduanera, por lo que la efectiva introducción de la mercancía no aumentaría cualitativamente el injusto.

⁴⁸ En la exposición de motivos de la Ley N° 22.415 el legislador argentino llega a decir que la equiparación de penas entre tentativa y consumación que contempla obedece a que “la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito

la mercancía es introducida o extraída del territorio nacional, es prácticamente imposible que éste llegue a ser sancionado. El sujeto que pretende realizar la conducta delictiva, en la inmensa mayoría de los casos, se arriesga únicamente a la sanción que corresponda por el delito tentado.

De ahí que desde un punto de vista práctico, la “ficción de consumación” como algunos llaman a la equiparación penológica que existe entre tentativa y consumación –aunque ya hemos visto que no es así como opera la norma–, aparezca como una herramienta fundamental para una eficaz prevención del contrabando.

Por otra parte, la legitimidad de una equiparación penológica entre tentativa y delito consumado se pone en duda porque infringiría los principios de ofensividad y proporcionalidad⁴⁹. Si el fundamento de la penalidad de la tentativa residiera en el desvalor de acción, dicha equiparación sería posible, pues en ambos casos el autor expresa la misma voluntad rebelde frente al ordenamiento jurídico. Pero mayoritariamente se entiende que el fundamento de esa penalidad radica en el peligro que experimenta el bien jurídico tutelado, y desde esta perspectiva debe existir una diferenciación categórica con la pena que corresponde al delito consumado, en que el desvalor de resultado es mayor.

En esta misma línea, algunos han considerado que es el principio de igualdad el vulnerado, no por apartarse del régimen general de punición de la tentativa, sino porque situaciones diferentes como la tentativa y la consumación son tratadas del mismo modo. Es decir, porque dentro del sistema de punición de los ilícitos aduaneros, no se respetan las diferencias objetivas que existen entre dos situaciones⁵⁰.

Sin embargo, el peso que posee esta argumentación en el ámbito de los delitos tradicionales de lesión contra bienes jurídicos individuales, se diluye considerablemente cuando estamos fuera del Derecho penal nuclear. Así, en especial, cuando el delito es de peligro o cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales, el desvalor de resultado propio de la tentativa y de la consumación no difiere tanto. Es lo que ocurre en los delitos aduaneros, especialmente en el contrabando propio, si se parte de la premisa de que esta figura protege la salud pública, el patrimonio histórico o cultural, el medioambiente u otros intereses de análoga significación. Respecto de esos bienes jurídicos, el contrabando es un delito de *peligro*, no de lesión; ese es el fundamento

tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes”. Se trataría de un problema probatorio para distinguir el momento que separa la tentativa del delito consumado, cfr. ZYSMAN, D., “Delito de contrabando: su consumación y su desistimiento voluntario”, en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1999, p. 613.

⁴⁹ Por todos, GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 75.

⁵⁰ Cfr. MARATURE, A. J. - MARATURE, A. F., “Análisis de la tentativa de contrabando y del delito consumado, respecto de sus penas”, en <http://www.aduananews.com/principal.htm> (última visita 13 de enero de 2009), *passim*.

del ilícito. Como la tentativa también se fundamenta en una situación de peligro para el bien jurídico, fácilmente se advierte que la diferencia entre delito tentado y consumado es menos categórica que en los delitos de lesión. Cuando se trata de la protección del patrimonio público, en tanto, aunque el delito exige un resultado – de defraudación al Fisco–, no se puede obviar el hecho de que una conducta individual de contrabando no tiene capacidad para lesionar seriamente ese bien jurídico. En realidad, cada contrabando, por cuantioso que sea, afecta de forma más bien insignificante el patrimonio público, pero su punibilidad suele justificarse en la lógica de los delitos de acumulación, es decir, en el *peligro* que supone que esa conducta se multiplique.

Por último, aunque no nos parece de recibo, se ha afirmado también a favor de la equiparación de penas, que ella no hace otra cosa que valorar la mayor alarma social que produciría la tentativa del delito de contrabando⁵¹.

d. Consideraciones dogmáticas

La aplicabilidad de la norma que contempla el artículo 178 OA presupone la adopción de una serie de resguardos interpretativos a fin de garantizar las exigencias mínimas que impone el principio de proporcionalidad. Ello, porque una tentativa que recibe la pena asignada al delito consumado no puede sino ser entendida como un acto de ejecución imperfecta que es portador de un merecimiento o necesidad de pena intensificados⁵².

Entre tales resguardos cabe mencionar, en primer término, la necesidad de exigir la efectiva concurrencia de todos los elementos que determinan la punibilidad de la tentativa; en otras palabras, no basta con que el autor haya realizado acciones susceptibles de ser encasilladas como actos ejecutivos, sino que ellas deben ser efectivamente punibles. Por tal motivo, por ejemplo, el desistimiento posterior a su realización excluye el castigo de quien adopta esa actitud.

Asimismo, ha de tomarse en consideración que el inciso quinto del artículo 178 OA dispone: *Los delitos de contrabando y fraude a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.* En consecuencia, la norma sólo es aplicable a aquellos actos que estén encaminados a la consumación de alguna de las conductas que, de acuerdo con el artículo 168 del mismo cuerpo legal, constituyen –en la terminología actual– contrabando propio o impropio, es decir, ingresar mercancías al territorio nacional, sacarlas de él o hacerlas pasar desde un territorio sometido a régimen tributario especial al resto del país. Por el contrario, no es aplicable a otras figuras contempladas en la Ordenanza de

⁵¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de Argentina, Sala B 5/4/99, por AROCENA, *Delitos económicos*, pp. 88-90.

⁵² En este sentido, aunque refiriéndose al artículo 450 CP, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 328-329.

Aduanas, que impliquen: el castigo de actos anticipativos de las acciones nombradas; de actos posteriores al ingreso o salida de las especies o de conductas totalmente desvinculadas de aquellas que configuran el contrabando propio y el impropio. Por esto motivo, la norma que comentamos no es aplicable, por ejemplo, a las hipótesis delictivas que contemplan las letras e), f) y g) del artículo 181 OA.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ AROCENA, Gustavo: *Delitos aduaneros y económicos*, Mediterránea, Buenos Aires, 2004.
- ❖ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Importación o exportación de géneros de lícito comercio”, *Comentarios a la legislación penal*, III, Edesa, Madrid, 1984.
- ❖ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; Pérez Manzano, Mercedes; Suárez González, Carlos: *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1993.
- ❖ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 1, Peñalolén, 2004.
_____ “Fraude aduanero”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2, Peñalolén, 2005.
- ❖ CONCHA PANTOJA, Arnaldo: “Los delitos de fraude y contrabando en la legislación chilena”, *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal de Chile*, Edeval, Valparaíso, 1975.
- ❖ DE LA FUENTE HULAUD, Felipe: “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2, Peñalolén, 2005.
- ❖ GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico. Parte Especial*, Ara Editores, Lima, 2003.
- ❖ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis: *Contrabando y fraude aduanero*, Edeval, Valparaíso, 1998.
- ❖ HORVITZ LENNON, María Inés: “Problemas de aplicación penal en el tiempo del delito de fraude aduanero”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 6, Santiago, 2002.
_____ “Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3, Santiago, 2003.
- ❖ ITURRALDE SESMA, Victoria: *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989.
- ❖ JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 1998.
- ❖ MARATURE, A. J. - MARATURE, A. F: “Análisis de la tentativa de contrabando y del delito consumado, respecto de sus penas”, en <http://www.aduananews.com/principal.htm>.
- ❖ MARTÍNEZ-BUJÁN Pérez, Carlos: *Derecho penal económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ❖ MATUS ACUÑA, Jean Pierre: “La teoría del concurso aparente de leyes penales y el ‘resurgimiento’ de la ley en principio desplazada”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 9, 2002.
- ❖ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona, 1990.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ❖ PESSOA, Nelson: *La tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- ❖ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- ❖ VIDAL ALBARRACÍN, Héctor: *Delitos aduaneros*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.
- ❖ RENART GARCÍA, Felipe: “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* 10, 2002.
- ❖ VAN WEEZEL, Álex: “¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código Penal?”, en *Revista Chilena de Derecho* 1, vol. 28, 2001.
- ❖ ZYSMAN, Diego: “Delito de contrabando: su consumación y su desistimiento voluntario”, en *Nueva doctrina penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1999.