

CAPITULO XIII

EL CONTRABANDO

«Este delito nace de la ley misma; porque al aumentar los impuestos aduaneros aumenta el aliciente y con él la tentación de hacer contrabando, y la facilidad de cometerlo crece con la periferia que hay que custodiar y con la disminución del volumen de la misma mercancía. La pena de perder no sólo la mercancía prohibida, sino también los demás géneros que la acompañan, es justísima, pero será tanto más eficaz cuanto más pequeños sean los impuestos aduaneros, porque los hombres no se arriesgan sino en proporción al beneficio que el resultado feliz de la empresa produciría».

Cesare Beccaria, 1764

Desde cualquier ángulo que se le observe, el contrabando es una figura delictual de especialísimas características, muchas de las cuales no encuadran dentro de los principios generales del derecho penal ordinario.

Este ilícito está íntimamente ligado a las ideas de *territorio* y de *intervención*. Este último término es, probablemente, es el más importante de la terminología aduanera, por cuanto la función principal de la aduana es la intervenir en todas las introducciones y extracciones de mercancías del territorio nacional, a objeto de ejercer los controles establecidos en la legislación correspondiente. Si falta esa intervención, hay delito.

El contrabando constituye lo que la doctrina penal denomina *delitos de mera conducta* o de *mera actividad*, en oposición a los llamados delitos con resultado. Según Crispigni, a veces se requiere como elemento constitutivo, no la verificación efectiva de un determinado resultado ofensivo, sino solamente que la conducta se dirija a la producción de un determinado resultado ofensivo, siendo indiferente para la consumación del delito que aquél se haya o no verificado. Sobre la base de ello –sigue el autor– los delitos se distinguen en *materiales* y *formales*. Son delitos materiales –prosigue– aquellos para cuya consumación la ley reclama que se haya verificado el resultado querido por el agente, que consiste en la lesión de hecho del bien para cuya protección está puesta la norma penal. A su vez, son delitos formales aquellos para los que la ley –si bien reclama que la voluntad del agente se dirija a la producción de un resultado que constituirá una lesión del bien para cuya protección está puesta la norma penal– no exige, sin embargo, que ese resultado se verifique (citado por Jiménez de Asúa, tomo III, Pag. 464).

Al hacer la descripción legal del delito de contrabando, el legislador aduanero

eliminó toda posibilidad de que existiera en grado de tentativa¹ o de delito frustrado². Hay tentativa –dice el Código Penal– cuando con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad. Como resulta obvio, la Ley Orgánica de Aduanas confirió calidad de delito consumado a los actos u omisiones tendientes a eludir la intervención de las aduanas en la introducción y extracción de bienes. Siguiendo la terminología del Código Penal, podemos decir que cuando con el objeto de cometer delito de contrabando alguien ha comenzado su ejecución por medios apropiados, ya el delito se ha consumado.

Tampoco admite nuestra Ley el grado de delito frustrado, por cuanto si alguien ha realizado, con el objeto de cometer contrabando, todo lo necesario para consumarlo, aun cuando no haya logrado su objetivo por razones ajenas a su voluntad, el delito ya estará consumado.

La responsabilidad penal por contrabando es objetiva, pues la ley prescinde del dolo y aun de la simple culpa, lo cual constituye una importante excepción a los principios generales del derecho penal universal. Por ejemplo, si el conductor de un vehículo de carga, por haberse guiado por una señal de carretera equivocada, ingresa a territorio nacional por lugar no habilitado para la importación, es imputable, aun cuando sea evidente el error que condujo a dicho territorio. Basta la acción material de introducir el cargamento para que se consume el delito, aun cuando el conductor no lo haya querido. Charles Bindingg escribe en defensa de la responsabilidad objetiva: «por inocente que sea el que produce un mal, más lo es todavía quien lo sufre». Este parece ser el sentido adoptado por las leyes de aduana de casi todo el mundo al tipificar el contrabando.

El contrabando y sus tipos

Nuestro legislador siguió la ortodoxia legislativa para estructurar los *tipos* de contrabando en la Ley Orgánica de Aduanas.

A criterio de Jiménez de Asúa, en un buen sistema legislativo-penal los delitos que se describen en especie han de poder referirse todos ellos a un determinado número

¹ Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se ha interrumpido por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura jurídica de la tentativa.

² Hay delito frustrado cuando el agente ha realizado todos los actos propios y característicos del delito de modo que materialmente el delito queda ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención del agente por causas independientes de su voluntad, es decir, cuando el agente ha hecho todo cuanto era necesario para la consumación.

de delitos *fundamentales o básicos*, y en derredor de ellos podrían aparecer otros tipos que podríamos denominar *especiales*. Así, por ejemplo, sería tipo básico o fundamental el *homicidio*, en tanto que tendrían carácter especial el parricidio o el infanticidio. El tipo especial se caracteriza, frente a otros delitos que precisan de complemento, porque en ellos la figura delictiva aparece completa y no se precisa acudir a otra para darle el sentido propio. Tal es el caso de la primera parte del artículo 104, por una parte, y el resto por la otra. El inicio del 104 contiene el tipo fundamental y el resto del mismo artículo y el 105 los tipos especiales. Como es notorio, estos últimos, contenidos en los artículos 104 *in fine* y 105, contienen la figura delictiva completa, es decir, no requieren referirse al tipo básico del artículo 104 para que tengan sentido propio. Así, por ejemplo, el literal h) del artículo 104 dice que los transbordos de mercancías extranjeras efectuados sin el cumplimiento de las formalidades legales y reglamentarias, constituye contrabando. Aquí, la descripción del delito está completa, sin subordinación al tipo básico y sin necesidad de él para complementarse.

El acto y la omisión delictual

Si algunos términos han producido extensos análisis y largas controversias entre los estudiosos del derecho penal, son estos dos utilizados por nuestro legislador al hacer la descripción del contrabando.

Jiménez de Asúa, haciendo la salvedad de que utiliza los términos *acto* y *acción* en su sentido propio y estricto, señala que *acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda*. Es evidente que nuestro legislador utilizó un criterio menos amplio que el utilizado por el maestro; del contexto se desprende que aquél usó el término *acto* como sinónimo de *acción*.

La *acción* es toda actividad para el logro de un fin, un hacer positivo, mientras que, por el contrario, la *omisión* es un no hacer; que el delito se haya realizado mediante acciones lo hace *comisivo*; si, por el contrario, es producido por omisiones, lo hace *omisivo*. Acciones y omisiones, en su conjunto o separadamente, configuran la conducta humana, pero si esas acciones u omisiones son descritas por la ley como delitos, la conducta es delictual y merece pena.

Del desarrollo de la ciencia penal ha surgido un tercer tipo de delito y, con él, la consabida controversia: el *delito de comisión por omisión*. Para el profesor Mezger, en estos

casos el autor no hace lo que debe hacer, y produce por ello un resultado que no debe producir. Este resultado es distinto a la *acción esperada*, a lo que legalmente podíamos esperar de parte de una persona. Para Mezger, todo delito de omisión tiene su fundamento en una acción esperada, ya que lo que hace que la omisión sea omisión es la acción esperada, la acción que el autor ha debido realizar y no realizó por algún motivo; para Antolisei, la verdadera esencia de la omisión, está propiamente en no haber obrado de un determinado modo, en no haber realizado una determinada acción.

El contrabando se comete, siempre, desarrollando una conducta dirigida a evadir la intervención de la aduana en la introducción o extracción de bienes del territorio aduanero. Esa conducta, como bien lo dice la Ley, puede estar conformada por acciones u omisiones, pero debe estar dirigida o haber logrado la *elusión* que se considera delictuosa.

En el artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, el núcleo del tipo viene dado por el verbo *eludir* (eluda, eludir); este verbo delimita la acción de lo injusto, de lo que se considera contrario a derecho. En otras palabras, contrabandear es –a la luz de este artículo– observar una conducta positiva (comisión) o negativa (omisión) para *eludir* la intervención de las oficinas aduaneras en la introducción o extracción de mercancías del territorio nacional.

El interés jurídicamente protegido es el derecho del Estado de intervenir y controlar el paso de mercancías extranjeras, nacionales o nacionalizadas a través de las fronteras, aguas territoriales o espacio aéreo para determinar y aplicar el régimen jurídico al cual dichas mercancías estén sometidas. Esto nos lleva a entender que la *elusión* punible abarca mucho más en el espacio de los hechos que la simple introducción o extracción de bienes por lugares no habilitados para ello; habrá contrabando cuando medien acciones u omisiones que intenten eludir o eludan el control aduanero, aun cuando se hayan cumplido requisitos formales que pudieran dar apariencia de legalidad a la conducta delictiva.

Sujeto pasivo del contrabando

El sujeto pasivo es la persona que resulta ofendida directa e inmediatamente por el delito o, en otros términos, el portador del bien jurídico atacado directamente por el hecho penalmente punible. Para Jiménez de Asúa, el sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido.

En el contrabando quien resulta ofendido directa e inmediatamente por este delito o, en otros términos, quien soporta las consecuencias inmediatas de la acción criminal es el Estado, quien es el portador del bien jurídico atacado directamente por este hecho punible.

Jiménez de Asúa sostiene que el Estado puede presentarse como sujeto pasivo en las siguientes situaciones:

- a) Sujeto pasivo *genérico* o *mediato*, en los delitos en que se lesiona inmediata o directamente un bien o interés propio de un particular, como en el homicidio, por ejemplo.
- b) Sujeto pasivo *único*, en los casos en que se quebranta un bien o interés exclusivo del Estado, como entidad política o administrativa, como en los delitos contra la forma de gobierno del Código español, o en los de rebelión o sedición.
- c) Sujeto pasivo, *junto a otro sujeto en que se personifica la autoridad o la función del Estado*, como el atentado contra las autoridades.
- d) Sujeto pasivo, *junto a otro sujeto cuyos intereses se lesionan en el ámbito de la lesión del interés estatal* como, por ejemplo, la expedición de moneda falsa y el cohecho, entre otros.

Por su parte, la doctrina alemana maneja la figura del llamado *delito de peligro general*, en que la agredida por la acción delictual es la sociedad toda, la comunidad en pleno. El contrabando, por las múltiples lesiones que produce al cuerpo social, se enmarca, sin mayores dudas, dentro de este concepto y en el señalado en el literal d) por el tratadista argentino.

La descripción legal del contrabando

El contrabando admite plenamente la sentencia de Alfredo Nicéforo de que el delito no muere, se transforma; que la civilización moderna, como toda otra civilización, no suprime el mal, le transforma. Esta transformación se evidencia por cuanto el delito que en la sociedad bárbara se realizaba preferentemente mediante la violencia, ahora se realiza especialmente por el fraude.

Del *contrabando de aventura* común en la primera mitad del siglo XX, nos hemos deslizado hacia el delito realizado mediante engaño de la autoridad aduanera o mediante corrupción de ella. Tal realidad parece haber inducido al legislador aduanero a revisar el tratamiento conferido al contrabando por la Ley de Aduanas de 1.957, orientando la Ley Orgánica hacia enfoque más cónsono con la nueva realidad surgida de tal deslizamiento. La introducción de mercancías por lugares despoblados y generalmente de noche, ha

cedido ante otras formas más sutiles pero quizás más perniciosas; un alto porcentaje de los contrabandos que se cometen hoy en día pasan por las zonas primarias aduaneras. Esa es la realidad que debe enfrentar el Estado a través de sus órganos especializados.

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los *concretan*, para poder castigarlos. *Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo* –según el creador de la teoría– *es lo que constituye la tipicidad*. Por tanto, *el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito*.³

El contrabando está tipificado o, para decirlo en otras palabras, está legalmente descrito en los artículos 104 a 105 de la Ley Orgánica de Aduanas. Como ya hemos dicho, el artículo 104 describe el tipo fundamental o básico del contrabando. Según él, se incurre en el delito cuando se elude o se intenta eludir la intervención de la aduana en la introducción o extracción de mercancías al territorio nacional. Si nos detenemos a pensar acerca del sistema aduanero, tanto en los medios que emplea como en los fines que persigue, observaremos que nada agrede más peligrosamente a la institución aduanera que la acciones u omisiones que eludan o intenten eludir su intervención. La *elusión* ataca la médula misma del sistema y su generalización lo haría desaparecer, amputado del esquema estatal por no poder alcanzar sus fines.

Para el sistema aduanero contrabandear es *eludir*, bien sea en su etapa preparatoria, en la de ejecución u otra posterior. Los tipos especiales contenidos en los literales de los artículos 104 y 105 no son más que precisiones de la *elusión* a que nos venimos refiriendo; igual puede decirse del artículo 104, por razones que analizaremos más adelante.

Siguiendo el mismo orden que presenta el citado artículo 104, analizaremos cada uno de sus literales:

a) La carga de la prueba

Este apartado del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas fue redactado de tal forma que resulta contradictorio; la locución «mercancías extranjeras» utilizada por el redactor de la norma se contrapone a las ideas de «legal introducción» y de «adquisición en lícito comercio en el país». Veamos por qué.

Recordando que los almacenes generales de depósito, los almacenes in bond,

³JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. cit.. Tomo III, Pág. 747.

los almacenes privados fiscalizados y otros de similar naturaleza donde se encuentran depositadas mercancías extranjeras son tenidos como zonas primarias aduaneras, las únicas mercancías extranjeras que pueden estar fuera de estos lugares y de los patios y almacenes aduaneros sin que se configure un ilícito, son las admitidas temporalmente y aquellas sobre las cuales se realice una operación de tránsito. En ningún otro caso puede presentarse simultáneamente la condiciones de mercancías *lícitas* y *extranjeras*; si son lo primero, deben haber sido objeto del proceso de nacionalización, en cuyo caso no podrían ser adjetivadas como extranjeras si no como nacionalizadas. Si, por el contrario, son extranjeras (no nacionalizadas) y se encuentran en zona secundaria, estaríamos en presencia de una introducción ilícita o, en otras palabras, de un contrabando.

Todo indica que el problema quedaría resuelto y a salvo la división tripartita de las mercancías, con la siguiente redacción: «La conducción, tenencia o circulación de mercancías *de origen extranjero*, si no se comprueba su legal introducción o su adquisición en lícito comercio en el país.»

La prueba es la más importante institución del proceso penal y en el juicio penal ordinario su peso recae sobre el acusador y sobre el representante del Ministerio Público⁴, pues es principio general que incumbe probar a quien afirma la existencia de un hecho, no a quien lo niegue. Para Carnelutti, la carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; por tanto –afirma– quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas.⁵ Pero si en los casos de contrabando observáramos ese principio general, tal como es seguido en los derechos penal ordinario y civil, retrocederíamos a la fase *primitiva* o *étnica* de la prueba, en la que sólo era perseguido el delito *in fraganti* y, por tanto, no había necesidad de prueba alguna.

El literal en análisis pone sobre los hombros de quien conduzca, tenga o haga circular *mercancías de origen extranjero* la obligación de probar su legal introducción o adquisición en lícito comercio en el país; de esta manera queda resuelto un sinnúmero de

⁴ Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal: La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales.

⁵ Hernando Devis Echandia sostiene que «corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.» (Tomado de *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Pag. 490)

problemas probatorios que harían casi imposible castigar a los contrabandistas y se ahorran grandes cantidades de energía administrativa que exigiría la probanza de la comisión del ilícito.

En términos breves podemos decir que en virtud del texto del comentado literal a), quien tenga en su poder mercancías de origen extranjero deberá demostrar que las introdujo mediante el cumplimiento de los trámites y satisfacción de las obligaciones y requisitos establecidos en la legislación aduanera o que las adquirió en lícito comercio dentro del país; caso contrario, queda sujeto a recibir las penas establecidas para el contrabando.

Así, la Ley Orgánica de Aduanas invierte la carga de la prueba, liberando de ella al funcionario actuante y trasladándola al tenedor de los efectos. Los funcionarios judiciales o administrativos deben interpretar que han encontrado pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso, cuando el poseedor de las mercancías no pueda demostrar documentalmente haberlas nacionalizado o adquirido lícitamente en el país. Pero tanto unos como otros deben actuar dentro los límites de su competencia, no aplicando embargos a mercancías en cuya introducción no se hayan cometido ilícitos que merezcan el comiso señalado en los artículos 110 y 114 de la Ley Orgánica de Aduanas. La premisa fundamental e ineludible para embargar mercancías es que la pena aplicable sea el comiso; de no ser así, la práctica del embargo es contraria a la ley y violadora del derecho a la propiedad constitucionalmente consagrado.

Se debe tener siempre presente que el vínculo que se forma entre el Fisco Nacional y el sujeto pasivo de la obligación aduanera es de carácter personal; quien adeuda los derechos de aduana es siempre una persona, jamás una cosa. Por ello, no se puede atacar la cosa por motivos distintos a los señalados en los artículos 110 y 114 antes citados, quedando entendido que el pago insuficiente de impuestos y tasas aduaneros o el descubrimiento de una contravención no autoriza a ninguna autoridad a realizar embargos o a disminuir de cualquier otra forma el pleno disfrute del derecho de propiedad garantizado constitucional y legalmente. Queda a salvo la medida de embargo judicial de bienes a que se refiere el Capítulo II del Título V del (artículos 190 y siguientes) del Código Orgánico Tributario.

Para Eugenio Florian la carga de la prueba consiste en la obligación que se impone a un sujeto procesal de ofrecer prueba de lo que afirma, y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico, de toda atendibilidad. En el proceso civil tal carga incumbe a las partes para lo que respectivamente afirman, y de aquí la regla *actore non probante reus absolvitur*. En el penal no grava de la misma manera.⁶ En el proceso penal, la investigación fundamental es la de la verdad objetiva, material: la investigación de los hechos como han ocurrido en la realidad, y es una investigación amplia, no reducida a los límites que quieran imponerle las partes. Esto en razón de que en el proceso penal existe un interés eminentemente público. Tal indagación sería incompleta si se dejase a las partes; no se alcanzaría por ella en tal caso más que una verdad formal, convencional, circunscrita según la voluntad de las partes, como acontece en el proceso civil. En el penal la carga de la prueba desaparece como institución procesal en el instante en que el juez puede suplir con su iniciativa la inercia de las partes o salir al paso de la astucia de las mismas. En efecto, el Código Orgánico Procesal Penal impone que «el proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión» (Art. 13). Este principio de justicia ata tanto al juzgador como a los fiscales del Ministerio Público; a estos últimos no les está permitido convertirse en perseguidores implacables del imputado ni buscar su condenatoria a todo evento. De ello no nos deja dudas el numeral 5 del artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal, al establecer como derecho del imputado el «pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen.» Por aplicación de esta norma, puede darse el caso de que quien deba ejercer la acción penal se encuentre de pronto realizando investigaciones que ayuden al acusado a demostrar su inocencia o a lograr elementos de convicción que aminoren la pena.

Diferenciándose del proceso civil, el penal debe procurar la verdad por encima de cualquier otra circunstancia. Igualmente –en sede administrativa– cuando se trate investigaciones o de procedimientos sancionatorios, los funcionarios no deben actuar maliciosamente, ni orientar su acción a la aplicación de la pena o al logro de la decisión que resulte más gravosa para el administrado. La actuación de la Administración y de sus órganos debe tener como fin último y más elevado el logro de la verdad en obsequio de la justicia.

⁶ Por el contrario, Devis Echandía considera que su aplicación no se limita al campo del proceso dispositivo civil y que en lo penal se aplica a través del clásico principio *indubio pro reo*, que significa absolver al imputado o procesado si el Estado no prueba la responsabilidad de aquél.

b) *Ocultamiento de mercancías*

El literal b) del artículo 104 que se analiza nos indica que no es suficiente que las mercancías que pretendan introducirse o extraerse del territorio nacional sean llevadas hasta una aduana habilitada para la operación de que se trate; la legislación aduanera exige, además, que los bienes no sean ocultados de ninguna forma y que no se utilicen adminículos, dispositivos o sistemas que dificulten o impidan el descubrimiento de las mercancías durante el reconocimiento.

Esta disposición hace evidente que nuestra legislación aduanera exige de los consignatarios y exportadores mucho más que el mero cumplimiento de las formas. Exige, bajo amenaza de graves sanciones, que no traten de llamar a engaño a las autoridades aduaneras dificultando el examen de las mercaderías, ya por ocultamiento de éstas o por el uso de subterfugios dirigidos a dificultar su descubrimiento en el acto de reconocimiento.

Si la Ley hubiese utilizado solamente el vocablo *impedir* la norma resultaría ociosa, pues al resultar exitoso el impedimento ella no sería aplicable y si –por el contrario– fracasara, ello sería prueba de la inexistencia del impedimento.

La palabra *dificultar*, juiciosamente utilizada por la Ley, significa, en su segunda acepción, «hacer difícil una cosa, introduciendo embarazos o inconvenientes que antes no tenía»⁷. Este poner trabas, dificultades o inconvenientes tendientes a que las mercancías no sean examinadas en el acto de reconocimiento es lo que la norma tipifica como delito, con lo que su aplicación no queda sujeta en modo alguno al logro del fin delictual. Estamos en presencia del doctrinariamente llamado *delito formal*, es decir, del que se consuma por el solo hecho de la acción⁸ u omisión⁹ culpable, sin que sea menester el logro de consecuencias antijurídicas.

Todo cuanto se haga sobre las mercancías para llamar a engaño a los funcionarios reconocedores, constituye contrabando. Así, por ejemplo, si a barras de un metal le es aplicado un baño de otro para ocultar las verdaderas características del primero y se declara ante la aduana como si fuera el segundo, estaríamos en presencia del delito; igual

⁷Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁸Según Cuello Calón los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una disposición de la ley penal.

⁹Para el mismo autor, los delitos de omisión consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

cosa sucede cuando se emplean dobles fondos en maletas, baúles o continentes similares, o cuando dentro del bloque de un motor de combustión interna se introducen piezas que no tienen por que estar allí o cuando una mercancía se *disfraza* para hacer creer que se trata de otra, etc.

c) Circulación de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto

Se entiende como cabotaje el tráfico marítimo, fluvial, lacustre o aéreo de mercancías y equipajes nacionales o nacionalizados entre lugares habilitados al efecto dentro de un mismo territorio aduanero. El Convenio de Kyoto (anexo 7) define el cabotaje como «el régimen aduanero aplicable a las mercancías que se cargan a bordo de un buque en un punto del territorio aduanero y se transportan a otro punto del mismo territorio aduanero en donde se descargan».

Si una actividad está bajo sospecha permanente de contrabando, es ésta, al punto de que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas dice, al tratar los diversos tipos delictuales: «el transporte de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto, o la de mercancías nacionales o nacionalizadas en los mismos vehículos, sin haberse dado cumplimiento a las debidas formalidades, lo que haría suponer la voluntad de extraerlas del país.» Tal prevención ante el cabotaje encuentra justificación histórica en los múltiples casos de contrabando cometidos a su sombra. La situación geopolítica y la ubicación geográfica de Venezuela, tan cercana por el norte a territorios extranjeros con ínfima presión fiscal y a un puerto libre, invitan a la comisión de hechos ilícitos e imponen a las autoridades nacionales un continuo ejercicio de vigilancia fiscal. No en vano la Ley Orgánica de Aduanas dedica seis artículos a regular este tráfico que, a simple vista, pudiera parecernos irrelevante para el ámbito aduanero.

Mientras las operaciones de importación, exportación y tránsito constituyen tráfico internacional de mercancías, donde están involucrados en la menor medida dos países, el cabotaje es, por definición, transporte de bienes nacionales o nacionalizados entre diferentes lugares de un mismo país. La condición de que las mercaderías sobre las que verse esta actividad sean autóctonas o hayan adquirido previamente la nacionalidad del Estado donde se realice el transporte, no es ociosa y, lo que es más, es un requisito inherente a la esencia misma de este servicio, por dos razones fundamentales: a) El cabotaje no es una operación aduanera y, por lo tanto, no implica ni tráfico internacional ni modificación de la nacionalidad de los efectos, de modo que si la carga o descarga

versara sobre efectos extranjeros, con ellos ya se habría cometido delito de contrabando y quienes los tuvieran, condujeran o hicieran circular estarían sujetos a las correspondientes penas. ¿Por qué? Porque las únicas formas de que mercancías extranjeras se encuentren en el país legalmente es que –como ya hemos dicho– hayan sido admitidas temporalmente, sean objeto de tránsito aduanero o se encuentren en lugares especiales (almacenes generales de depósito, duty free, in bond, privados fiscalizados, zonas primarias etc., a la espera del perfeccionamiento de la correspondiente operación). b) Si se trasladaran mercancías extranjeras de un puerto o aeropuerto nacional a otro con sujeción a los preceptos legales, se estaría efectuando un tránsito aduanero nacional y no un cabotaje, figuras muy diferentes, tanto desde el ángulo de la práctica como de la Ley.

Por evidentes razones de seguridad fiscal, los vehículos que realicen operaciones de tráfico internacional no podrán realizar cabotaje, ni viceversa, salvo permiso que podrá conceder el Ministerio de Hacienda en casos excepcionales. Además, en principio y salvo la excepción establecida en la Ley, los vehículos de cabotaje no podrán tocar en lugares extranjeros; ambas medidas están dirigidas a evitar que mercancías extranjeras y nacionales o nacionalizadas puedan confundirse durante la travesía, la descarga o el almacenamiento, con la consiguiente pérdida de control fiscal.

Es tradicional que las travesías realizadas por buques de cabotaje se hagan sin perder de vista la tierra (el vocablo cabotaje viene de cabo), pero por presunción contenida en la Ley Orgánica de Aduanas, se consideran como cabotaje las operaciones realizadas por vehículos de matrícula nacional en aguas internacionales, salvo que hayan operado en aguas territoriales extranjeras. Esto es de gran importancia práctica para personas y empresas dedicadas a la pesca; en ausencia de tal presunción *iure et de iure*, la internación en territorio nacional de los productos del mar capturados por los barcos pesqueros nacionales en aguas internacionales estaría sujeta al régimen ordinario de importación y, por ende, al cumplimiento de los trámites respectivos.

Con el rigor que la caracteriza en materia delictual, el literal c) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas tipifica como contrabando la circulación o permanencia de mercancías extranjeras en vehículos de cabotaje no autorizados para el tráfico mixto a que se refiere el artículo 73, *eiusdem*. No podía ser de otra manera; un vehículo dedicado al cabotaje que no esté autorizado para el tráfico mixto, no puede justificar la presencia a bordo de mercancías extranjeras, pues tal existencia evidenciaría extracción ilícita

del territorio nacional de mercancías contrabandeadas o toque ilegal en puerto extranjero. También es tenido como contrabando la existencia a bordo de mercancías nacionales o nacionalizadas sin haberse cumplido los requisitos legales del caso; esta disposición está dirigida a impedir el contrabando de extracción, habida cuenta que lo tipifica el delito no es la presencia de mercancías nacionales o nacionalizadas, pues es con estas mercancías que se realiza este servicio, sino el incumplimiento de los requisitos legales que sirven de fundamento al control aduanero o, en otros términos, la existencia a bordo de tales mercaderías sin la correspondiente documentación que las ampare.

Por cuanto las autoridades intervinientes en el control del cabotaje son todas del mismo país, no deberían presentarse mayores problemas para su ejercicio; básicamente, éste consiste en la verificación de que las mercancías destinadas a un puerto sean íntegramente descargadas en él y de que no existan a bordo mercancías que no hayan sido cargadas legalmente. Cuando se realice tráfico mixto debidamente autorizado, las autoridades aduaneras del puerto de destino deberán constatar que las medidas de seguridad tomadas en la aduana de origen no hayan sido violadas, permitiendo la confusión entre mercancías nacionales o nacionalizadas y extranjeras; si tal fuere el caso, todas las mercancías, extranjeras o no, quedarán sujetas a los requisitos establecidos para el perfeccionamiento de las operaciones de importación o exportación que les sean aplicables.

d) Circulación de mercancías no nacionalizadas por lugares no autorizados

En casos muy puntuales, es posible que mercancías *no nacionalizadas* circulen por lugares del territorio nacional distintos a las zonas primarias. Si bien el tránsito a través del territorio es el procedimiento donde se presenta esta posibilidad de manera más evidente, no por ello es exclusiva de esta operación; mercancías destinadas a almacenes generales de depósito, a almacenes libres de impuestos o que sean llevadas a estaciones de ferrocarril para su traslado a la oficina aduanera de destino, etc., pueden ser desviadas de la ruta autorizada, con las consecuencias legales del caso.

Al referirse a este literal, dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas: «Otras nuevas modalidades del delito son: la desviación del transporte de mercancías cuya ruta haya sido preestablecida (aplicable, sobre todo, a las mercancías de tránsito a través del territorio nacional y a los artículos que se reexportan, debiendo pasar primero por la zona secundaria de una o varias oficinas aduaneras)».

La norma comentada tiene una especial importancia para el tránsito aduanero a

través del territorio nacional, que se traduce en la siguiente afirmación: cuando los efectos sobre los que se realice esta operación no lleguen a la oficina aduanera de destino, se habrá materializado el delito de contrabando, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea, entre las que destaca el comiso de los efectos y las penas para el infractor, que no sería otro que el consignatario, sujeto como está a las obligaciones y derechos que se causen con motivo de la operación (Art. 30 de la Ley Orgánica de Aduanas).

Es posible que las mercancías de tránsito nunca lleguen a la oficina aduanera de destino y que tampoco abandonen la vía preestablecida; ello puede suceder en caso de accidente vial que produzca pérdida total de los efectos transportados o en situaciones similares, de lo cual deberá darse cuenta a la autoridad aduanera o de resguardo más cercana o, en su defecto, a cualquier otra autoridad que deje constancia del hecho, a los fines legales consiguientes. Pero salvo ese u otros «casos fortuitos o de fuerza mayor» debidamente comprobados y que la misma Ley establece como eximentes, las mercancías sobre las que verse una operación de tránsito a través del territorio no pueden abandonar la ruta que les ha sido acordada ni permanecer en ella por un tiempo mayor que el necesario para llegar a su destino.

A este aspecto temporal parece que no se le ha concedido la debida importancia, con la consiguiente pérdida de control fiscal. El jefe de la oficina aduanera donde se comience la operación deberá establecer, apreciando la distancia, estado de las vías y demás circunstancias que puedan incidir en la duración del transporte, un lapso para que la operación se perfeccione y el consignatario le presente la documentación que demuestre el cabal cumplimiento de sus obligaciones; caducado el lapso sin que la autoridad aduanera tenga noticias de tal cumplimiento o de la existencia de circunstancias eximentes, (la prueba de la liberación de la obligación debe correr siempre a cargo del consignatario) debe proceder a emitir las correspondientes planillas de liquidación pagables, ejecutar la fianza o a imputar el depósito al pago de dichas planillas, sin olvidar dar aviso del hecho a las autoridades fiscales a quienes compete para la aprehensión de los efectos y del responsable.

e) Rotura o violación no autorizada de medios de seguridad

En la actividad aduanera es muy usual la utilización de precintos, sellos, marcas y otros medios de seguridad que impidan el acceso no autorizado a mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o, simplemente, se encuentren en zo-

na primaria a la espera de continuar viaje hasta su destino definitivo.

El uso de estos medios persigue *aislar* determinadas mercancías para impedir que sean dispuestas, cambiadas o manipuladas de cualquier manera en perjuicio del control aduanero. Este *aislamiento* se aplica, por ejemplo, a las mercancías de exportación reconocidas en el propio local del interesado o en el momento del envasamiento; a las que por su naturaleza o características no se reconozcan en los almacenes o patios de la correspondiente oficina aduanera y deban permanecer a la orden de la aduana en otros lugares; a los bienes sobre los que se efectúe un tránsito aduanero a través del territorio y, además, a todos aquellos efectos cuyo uso y disposición esté restringido por aplicación de normas legales aduaneras.

La ruptura de los adminículos utilizados para el aseguramiento de las mercancías, constituye una clara actividad elusiva del control aduanero y, por definición, contrabando. Es así, por cuanto la utilización de sellos, precintos, marcas y similares no es una determinación arbitraria u ociosa de las autoridades; por el contrario, está dirigida a mantener el control sobre cargamentos que esperen un trámite o el perfeccionamiento de una operación. Por razones fácilmente entendibles, en ciertas circunstancias la aduana se ve necesitada de mantener un estricto control sobre las mercancías, impidiendo el acceso a ellas de personas no autorizadas o, en todo caso, haciendo que queden huellas evidentes de cualquier manipulación subrepticia.

Es posible que la autoridad aduanera prohíba el acceso de personas a determinados locales o espacios donde se encuentran mercaderías sujetas a algún procedimiento; es lo usual que en tales casos se deje constancia en acta levantada al efecto y se proceda a sellar los accesos al local; cuando tal cosa ocurre, no sólo la ruptura de los sellos constituye delito, sino también el de las puertas y otros medio de seguridad utilizados por la autoridad fiscal.

No hay duda de que la sola rotura no autorizada de precintos, marcas, sellos, etc., constituye contrabando; pero ¿Cuál es el procedimiento a seguir y la normativa a aplicar cuando, además de la rotura, los efectos fueran hurtados o robados?. Antes de la reforma de 1998, la situación debía ser analizada a la luz de la disposición que establecía que cuando conjuntamente con el contrabando se cometiere otro delito, competará el conocimiento del asunto a la jurisdicción penal ordinaria, si el otro delito generara mayor pena que el contrabando.

Así, nuestro legislador acogió la teoría de la absorción de las penas menos graves en las más graves, en virtud de la cual se desecha la pena de menor cuantía y se aplica, únicamente, la de mayor rigor. Desaparecido el dispositivo legal que hacía que ello fuera posible en teoría, debemos acogernos a nuestro Código Penal, el cual acogió un sistema mixto, equidistante entre las teorías de la adición (suma de penas) y la absorción. En tal virtud, quien cometa contrabando y otro delito que merezca mayor pena, recibirá la pena correspondiente al otro delito aumentada en los términos señalados en los artículos 86 y siguientes del referido Código.

f) Despacho de mercancías sin autorización de la aduana

La Ley Orgánica de Aduanas reza que «cuando la recepción corresponda a un organismo público o privado distinto a la aduana, los cargamentos deberán ser puestos a la orden de la autoridad aduanera en las condiciones que señale el Reglamento. La aplicación del régimen jurídico correspondiente a los cargamentos y a su desaduanamiento serán competencia exclusiva de la autoridad aduanera.» Por su parte, al referirse a la multiplicidad de organismos que pueden intervenir en la movilización y almacenamiento de mercancías llegadas a zona primaria para la verificación de una operación o trámite aduanero, dice la Exposición de Motivos: «Ultimamente se ha producido en Venezuela un fenómeno ya experimentado por otros países: la separación de las labores de almacenamiento y custodia de las mercancías, por un lado, de los controles propiamente aduaneros, por el otro. No es función inherente a estos últimos la guarda y custodia de los efectos, sino la determinación de su régimen jurídico-fiscal, el ejercicio de los privilegios legales y las autorizaciones de desaduanamiento. Hasta ahora las oficinas aduaneras se habían venido encargando de aquellas labores, más que todo por falta de una autoridad o delegación específica, pero ya en las aduanas marítimas se ha producido una transferencia hacia las autoridades portuarias, quienes por sus propias funciones deben movilizar y almacenar los cargamentos; lo mismo ha ocurrido en el Aeropuerto Internacional de Maiquetía, donde el Instituto Autónomo que allí opera ha asumido el control referido, proyectándose incluso su posible transferencia a las líneas aéreas de transporte. No obstante, otras oficinas aduaneras del país, a falta de una autoridad más específica, aún ejercen –y continuarán haciéndolo– la guarda y custodia de las mercancías (aduanas fronterizas, interiores y otras), por lo cual se ha meditado muy cuidadosamente la redacción de las normas que se analizan. Todos estos comentarios conducen a la necesidad de

dejar claramente delimitada la función del servicio aduanero y, al mismo tiempo, de actuar con rigurosidad cuando, existiendo la delegación de operaciones, se evadan los controles fiscales. Esto ha ocasionado una norma severa justificada porque es de suponer que el organismo público o privado encargado de la recepción, guarda y custodia de mercancías, debe extremar su celo en el cumplimiento de sus deberes y tendría que ser en este campo el primer colaborador del Fisco Nacional.»

Al establecer el tipo de contrabando a que se produce con motivo del despacho de mercancías sin autorización de la aduana, la Ley reitera contundentemente el carácter exclusivo y excluyente de la competencia de las oficinas aduaneras para autorizar el desaduanamiento, despacho o levante de mercancías que por alguna razón hayan ingresado a zona primaria. A la luz de esta norma, cualquier autoridad distinta a la aduanera, bien sea civil o militar, pública o privada, nacional, estatal o municipal que ordene, autorice o permita la salida de mercancías de los lugares donde se encuentran almacenadas en espera del perfeccionamiento de una operación o de la verificación de un trámite, incurre en contrabando, ya en carácter de autor, coautor cómplice o encubridor.

g) Embarque o descarga no autorizada

La Ley Orgánica de Aduanas tipifica como contrabando la carga y descarga no autorizada o realizadas sin el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias, a la vez que redundando en esta tipificación con respecto a los artículos de rancho, suministros y repuestos.

La advertencia legal de que la carga y descarga de mercancías no autorizada o realizada sin el cumplimiento de las debidas formalidades es delito y acarrea penas, hace especial énfasis sobre los artículos de rancho, dado que la mayor parte de los países del mundo conceden amplias facilidades fiscales a las mercancías conocidas genéricamente como *provisiones de a bordo* y estas facilidades pudieran interpretarse erróneamente o desbordar lo pretendido por el texto legal. De esta manera, la norma toma especial cuidado en diferenciar dichas facilidades (exenciones, exoneraciones, franquicias, etc.) de cualquier idea de libertad absoluta para embarcar o desembarcar ese tipo de efectos.

Dentro de lo que se denomina *rancho* se enmarcan los víveres y provisiones destinados al uso y consumo de pasajeros y tripulantes, así como también el material de reparación y accesorios para los vehículos de transporte naval, aéreo o cierto tipo de vehículos terrestres como trenes o ferrocarriles; en otros términos, se considera legal-

mente *rancho* a las provisiones, comestibles o no, que se embarquen, previo cumplimiento de los debidos trámites, en los vehículos de transporte, bien para el uso o consumo de la tripulación y pasaje, o para las refacciones requeridas por el vehículo para su correcto funcionamiento.

Es bueno notar que las mercancías que constituyen rancho se diferencian de las que no lo son, únicamente, por disposición de la ley y por determinación de las autoridades aduaneras, una vez que el transportista haya dado cumplimiento a una serie de requisitos que a este efecto le son exigidos. El rancho es un régimen aduanero aplicable a mercancías que tienen un determinado destino, pues, como es comprensible, ninguna mercancía puede ser considerada como destinada al *rancho* por sus características propias, aun cuando si es posible que ciertas mercaderías nunca puedan recibir esta calificación. Así, un bulto de detergente se enmarca dentro del concepto de mercancía general; si ese mismo bulto se destina al lavado de las prendas de la tripulación de un buque y así se hace valer ante las autoridades aduaneras y éstas expresan su conformidad, hechas como hayan sido las comprobaciones correspondientes, dicho detergente sería embarcado bajo las facilidades concedidas al *rancho* o, como se usa en otras latitudes, a las *provisiones de a bordo*.

Cualquier embarque o descarga no autorizada constituye contrabando y no vale alegar, por las razones antes expuestas, que mercancías subrepticamente embarcadas o descargadas constituyan rancho, pues tal calidad la confiere la aduana y no, como ya lo hemos señalado, las características que son inherentes a los efectos.

Este literal tiene un ámbito espacial de aplicación limitado a las zonas primarias aduaneras; además, sólo es invocable para vehículos que realicen tráfico internacional. Lo primero por cuanto la carga y descarga en zonas secundarias, es decir, en lugares no habilitados para la introducción o extracción legal de mercancías, daría lugar a la aplicación del artículo que establece el tipo fundamental del delito en la Ley Orgánica de Aduanas y no la de este literal g); lo otro, por cuanto la importación de mercancías de cualquier tipo para ser utilizadas o consumidas dentro del territorio aduanero nacional, a bordo o no de vehículos, constituye una importación ordinaria y, en todo caso, sujeta a beneficios distintos a los tratados aquí.

Como la testa de Jano, el rancho tiene dos caras que deben ser estudiadas separadamente. Una, referida a la introducción de mercancías extranjeras destinadas a consti-

tuir rancho, en cuyo caso no estarán sujetas al pago de gravámenes aduaneros ni sujetas a las restricciones establecidas en el régimen legal del Arancel de Aduanas. La otra faz es de tipo documental, probatoria de la licitud de la presencia a bordo de los efectos que se han de usar o consumir durante la travesía. De no existir la figura del rancho, este tipo de efecto carecería de amparo y estaría sujeto a toda suerte de vicisitudes, de acuerdo a la legislación de cada país donde deba tocar el vehículo. Vale aquí recordar que los efectos de rancho no van sobordados, por cuanto no están destinados a parte alguna ni sobre ellos versa un contrato de fletamento; por las mismas razones, tampoco están amparados por conocimiento de embarque, guía aérea o documento similar; era necesario, entonces, que existiera una figura que por un lado facilitara la introducción de los bienes a ser utilizados a bordo de los vehículos de transporte y que, por el otro, diera amparo legal a estos bienes, sometidos a la inspección aduanera de diferentes países.

h) Transbordos no autorizados de mercancías extranjeras

Se entiende por transbordo el traslado de mercancías, sobre las que verse una operación aduanera, de un vehículo de transporte a otro, previa autorización y bajo el control de la oficina aduanera donde se verifique el trámite.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Aduanas, el transbordo únicamente podrá realizarse en zona primaria de aduana habilitada para la operación de que se trate; así, por ejemplo, un cargamento de importación sólo podrá ser transbordado en aduana habilitada para la importación, uno de exportación en aduana habilitada para la exportación y así sucesivamente.

Hay una limitación a la aplicación de este literal h) que debe ser tomado muy en cuenta: las mercancías nacionales escapan a su ámbito, por cuanto la disposición sólo afecta al transbordo no autorizado de mercancías extranjeras, por lo que el transbordo no autorizado de mercancías nacionales o nacionalizadas no constituye delito, por carecer de tipo delictual.

Se hace palpable que en el momento de la redacción de este literal, el legislador quiso evitar que bajo la figura del transbordo se escondiera la intención de internar mercancías eludiendo el control aduanero. Por otra parte, el texto indica que el redactor consideró ocioso que esta disposición abarcara mercaderías nacionales o nacionalizadas, ya que ellas provienen de territorio nacional y se embarcarían zona primaria venezolana, previo cumplimiento de los requisitos aduaneros del caso; en consecuencia, no cabe

esperar, dentro del marco de lo lógico, una actividad elusiva dirigida a devolver los efectos a su lugar de origen. Además, no resulta muy razonable que un cargamento sea puesto a bordo de un vehículo para, casi inmediatamente, trasladarlo a otro, salvo que mediante circunstancias inesperadas. Por último, cabe observar que el embarque no autorizado de mercaderías, sea cual fuese su nacionalidad, constituye contrabando, pero ya no en virtud del texto del este literal sino del ya analizado literal g).

i) Abandono de mercancías en ciertos lugares

La Ley califica como contrabando el abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras o al mar territorial o en Dependencias Federales, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor.

Son Dependencias Federales las porciones del territorio de la República no comprendidas dentro de los Estados, Territorios y Distrito Federal, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental.

A decir del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es contiguo lo que está tocando a otra cosa, mientras que es cercano lo que está próximo o inmediato. La aplicación concreta del primer término no presenta ninguna dificultad, pero el vocablo *cercano* deja al intérprete un amplio margen de discrecionalidad. ¿Dónde termina lo cercano y empieza lo no cercano o lejano?

Este literal es de aplicación exclusiva a mercancías abandonadas, pero en un sentido distinto al abandono en zonas primarias que trata en otro lugar y con otro sentido la Ley Orgánica de Aduanas. Para la aplicación de este literal, deberán tenerse como abandonadas las mercancías que no tengan dueño aparente, es decir, aquéllas cuyo propietario no sea conocido o cuya propiedad no sea reivindicada en respuesta al emplazamiento a que se refiere el artículo 383 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Si en el curso del procedimiento se descubriera el propietario o éste se presentara para hacer valer sus derechos sobre las mercancías, la cualidad de *abandonadas* desaparecería y otra debe ser la norma a invocar.

Tampoco es aplicable este literal cuando medie caso fortuito o de fuerza mayor en el abandono de las mercancías; tal sería el caso, por ejemplo, de un buque que encontrándose a punto de zozobrar deba aligerarse para poder continuar el viaje o evitar la pérdida total de la embarcación. En tales casos, corresponderá al representante de la

nave probar que las circunstancias que envolvieron el hecho se encuadraban dentro de tales eximentes, en virtud de que la prueba corresponde a quien hace el alegato.

Es evidente que con este apartado la Ley trata de evitar que las numerosas islas enclavadas en nuestro Mar Caribe, casi todas las cuales tienen carácter de dependencias federales y están despobladas o escasamente pobladas, sirvan de plataforma o centro de acopio para mercancías que luego sean contrabandeadas a tierra firme.

La redacción de la norma en análisis nos obliga a diferenciar los conceptos de «mar territorial» y de «aguas interiores»; debe entenderse por mar territorial de un Estado, a decir de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, la «zona de mar adyacente a sus costas»; son aguas interiores las «situadas en el interior de la línea de base de mar territorial». Por alguna razón que no viene al caso dilucidar, el redactor de la norma no tomó en cuenta el abandono de mercancías en lugares cercanos o contiguos a las aguas interiores, a pesar de que la topografía de nuestras costas aconsejaba lo contrario. Este hecho pone sobre los hombros del juzgador la tarea de determinar, antes de realizar cualquier otra consideración, si las aguas adyacentes o cercanas a las costas donde se encuentren efectos abandonados corresponden a mar territorial o aguas interiores, para lo cual deberá hacer uso de las cartas marinas que, por disposición de la citada Convención, deben elaborar y publicar los estados signatarios, entre los que se encuentra Venezuela.

El contrabando agravado

Francisco Carrara, en su enjundioso estudio sobre la *cantidad*, *calidad* y *grado* de los delitos, escribió: «Si todos los seres que se presentan ante los ojos de nuestro cuerpo y de nuestra mente fueran perfectamente idénticos, las ideas de *calidad*, *cantidad* y *grado* serían inconcebibles para la inteligencia humana. Si los seres fueran tan completamente distintos que no pudiera advertirse entre ellos relación alguna de identidad, estas ideas, por motivos contrarios, serían absolutamente imposibles de definir. Pero los seres que pertenecen a un mismo género tienen, entre sí, un mayor o menor número de caracteres *comunes* (relaciones de identidad) y de caracteres distintivos (relaciones de variedad). Esto hace que varios seres, que por cierta relación de identidad pertenecen al mismo género, se distingan unos de otros por ciertas relaciones de variedad,

formando así otras tantas especies diversas».¹⁰

Al igual que las personas señaladas por Carrara, dentro del *género* contrabando se pueden presentar un sinnúmero de especies diversas; cada contrabando en concreto puede presentar una serie de características que lo agraven o atenúen, sin que por ello deje de ser contrabando para convertirse en otro delito. En el campo de los hechos concretos que son los que, en definitiva, son puestos ante el juez para que absuelva o castigue en mayor o menor medida, no se juzga a los géneros ni a las especies, sino a los individuos por los hechos por ellos producidos. Esos hechos tipificados por la ley como delitos, siempre son cometidos en determinadas circunstancias, algunas anodinas, insignificantes a los efectos de determinar la gravedad del hecho, el *quantum criminal*, pero otras, por el contrario, con entidad suficiente establecida por la ley, para que el delito resulte agravado o atenuado, con el consiguiente aumento o disminución de la pena aplicable.

La Ley Orgánica de Aduanas describe como contrabando agravado –entre otras– las siguientes conductas:

a) Desviación, disposición o sustitución de bultos

Este literal tipifica como contrabando la desviación, disposición o sustitución parcial o total de bultos contentivos de mercancías sometidas a régimen de depósito aduanero o cuyo uso o consumo no haya sido autorizado, por estar las mismas a la orden de la aduana. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Aduanas, al referirse a los nuevos tipos de contrabando contemplados en la Ley dice, entre otras cosas: «la desviación o sustitución de bultos dentro de la oficina aduanera (por ejemplo, colocar dentro de un lote de bultos ya reconocidos algunos que no lo han sido, sustituyéndolos por los primeros; extraer el contenido de éstos e introducir otras mercancías en los bultos; la realización de actos no autorizados sobre mercancías que se encuentren en depósito aduanero o a la orden de la autoridad competente (por ejemplo, retiro, consumo, utilización o cambio prohibidos de mercancías que se encuentren en el almacén general de depósito, aún no nacionalizadas, o en un almacén in bond o duty free, o en los locales privados en los cuales por razones especiales se encuentren mercancías que tienen pendiente un requisito y están a la orden de la autoridad fiscal)».

Para el Convenio Internacional para Simplificación y Armonización de los

¹⁰CARRARA, Francisco citado por Jiménez de Asúa. Op. cit. Págs. 120 y 121.

Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), en su anexo relativo a los depósitos de aduana, se define el régimen de depósito de aduanas como «el régimen aduanero con arreglo al cual las mercancías importadas se almacenan bajo el control de la aduana en un lugar designado a este efecto, (depósito de aduanas) sin el pago de los derechos e impuestos de importación.» Pueden quedar también sujetas a este régimen y a sus consecuencias, las mercancías nacionales destinadas a la exportación que, estando sujetas a impuestos internos, se almacenan en estos depósitos para no verse obligadas al pago de dichos impuestos o a la ejecución de trámites para obtener los correspondientes reintegros. Pudieran someterse también a este régimen de depósito, las mercancías admitidas temporalmente que antes de caducar el tiempo autorizado de permanencia en el territorio del país, quieran dar por concluida la admisión y liberadas de las garantías prestadas.

En estos y en todos los demás casos en que las mercancías estén a la orden de la aduana, deberán conservarse en el mismo estado que exhibían para el momento de su llegada a los depósitos, tanto en lo relativo a la cantidad, calidad, peso y demás características físicas, como en lo concerniente a su ubicación dentro de los bultos que las contengan; los bultos sometidos a depósito aduanero sólo pueden ser manipulados durante las necesarias y habituales operaciones de transporte, estiba u otras similares propias del almacenamiento de mercancías.

Este literal reitera la prohibición de que mercancías sobre las cuales verse una operación aduanera, sean usadas o consumidas sin que la aduana haya emitido la autorización correspondiente. Ello deriva de manera directa de la obligación que tiene el Estado de cuidar los efectos tomados en prenda legal, con la diligencia de un buen padre de familia o, en su defecto, de resarcir a su propietario, pronta y completamente, los daños sufridos durante todo el lapso de almacenamiento. No es de extrañar, entonces, que la Ley, para desestimular los robos de mercancías tan frecuentes en los patios y almacenes aduaneros, contenga una disposición de esta naturaleza que confiere carácter de delito aduanero a lo que de otra forma pudiera corresponder al derecho penal ordinario.

b) Conducción de mercancías extranjeras no destinadas al lícito comercio

El Estado venezolano tiene soberanía, autoridad y derecho de vigilar el mar territorial, la zona marítima contigua, la plataforma continental y el espacio aéreo, así

como el dominio y explotación de los bienes y recursos en ellos contenidos, en la extensión y condiciones que determine la Ley. La Ley Orgánica de Aduanas y la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, convertida esta última, en derecho positivo nacional mediante Ley Aprobatoria de fecha 26 de julio de 1961, dan soporte legal a este derecho constitucional del Estado.

Antes de hacer cualquier otra consideración, debemos notar que la aplicación de este literal está condicionada a que las mercancías sean extranjeras y conducidas por buques, con lo que esta norma excluye al transporte aéreo, terrestre y a cualquier otra forma de conducción de mercancías que no utilice buques para su cometido. Esta norma exceptúa, además, a las mercancías nacionales o nacionalizadas, aunque preceptúa que el barco puede ser de cualquier nacionalidad.

La aplicación de este literal exige de las autoridades administrativas y judiciales una especial sujeción a los textos legales, pues en la mayoría de los casos estarán involucrados intereses foráneos tutelados por distintas legislaciones y por normas de carácter multinacional de aplicación preferente, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Del esmero que pongan las autoridades en apearse estrictamente a la letra y propósito de esta norma jurídica, dependerá, en muchos casos, que se eviten reclamos fundamentados en ausencia de jurisdicción sobre el lugar donde se verifique la fiscalización. Así, cuando la comprobación se efectúe en el mar, lo primero que deberá constatarse es que la posición del buque sujeto a revisión se encuentra dentro de los límites del mar territorial o de la zona contigua.

Sujetos como estamos a las normas de la referida Convención Sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, los buques de cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de *paso inocente* a través de nuestro mar territorial. Se entiende como tal paso el hecho de navegar por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, o bien para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellas. El paso comprende el derecho de detenerse y fondear, pero sólo en la medida en que la detención y el hecho de fondear no constituyan más que incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o por un peligro extremo; por otro lado, el paso es *inocente* mientras no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño (artículo 14).

Pero además, hay una zona de alta mar adyacente al mar territorial donde los estados ribereños pueden adoptar las medidas de fiscalización necesarias para evitar infracciones a sus leyes de policía aduanera y fiscal, entre otras, que es conocida con el nombre de zona contigua y que no se puede extender más allá de doce millas, contadas desde la línea de base desde donde se mide la anchura del mar territorial (artículo 24). En esta zona el Estado ejerce un derecho de vigilancia, destinada a impedir la infracción a determinadas leyes y a reprimir las infracciones a esas leyes cometidas en su territorio o en su mar territorial.

El derecho de paso inocente, por un lado, y el derecho de constatar la inocuidad de paso por el otro, enmarcan la relación que se genera entre el Estado ribereño y el buque que realiza el paso a través del mar territorial o zona contigua.

Tanto en el mar territorial, donde el Estado ejerce soberanía plena, como en la zona contigua donde ejercer un derecho de vigilancia y represión en resguardo del cumplimiento de sus leyes fiscales, las autoridades venezolanas pueden exigir a los buques que por allí transiten, la demostración de que las mercancías que transportan están destinadas al comercio legítimo con Venezuela o con cualquier otro país; si tal demostración no se realizare, deberá iniciarse de inmediato el procedimiento que, para los casos de contrabando, establece la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

También se tipifica como contrabando el desembarque de mercancías no destinadas al comercio legítimo con nuestro o con cualquier otro país. Observadas en su contexto las normas que tipifican el contrabando, nos daremos cuenta de que el *desembarque* a que se contrae la parte final del literal en estudio, está necesariamente referido al desembarque en zona primaria, pues si éste se efectuara en lugar no habilitado (en despoblado, por ejemplo), procedería la aplicación del artículo 104 y no la del literal en cuestión.

Esta parte final del literal b) influye de manera determinante en el tratamiento que deben dar las oficinas aduaneras a los bultos sobrantes en la descarga. Antes de cualquier otra consideración, el representante del buque que haya descargado de más mercancías extranjeras, deberá demostrar que dichas mercancía estaban lícitamente destinadas a otro puerto nacional o extranjero; si tal demostración no fuere realizada, la aduana deberá iniciar el procedimiento pautado para los casos de contrabando.

c) Distracción de mercancías decomisables por parte de aprehensores o depositarios

En virtud de este literal, cometen delito de contrabando los aprehensores y depositarios que se apropien, retengan, consuman, distribuyan o entreguen de manera incompleta a la autoridad fiscal competente, los efectos que en virtud de la Ley Orgánica de Aduanas deban ser objeto de comiso.

Por disposición del artículo 322 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, cuando «los funcionarios judiciales o administrativos, en el curso de una averiguación sumaria, encuentren pruebas suficientes de que se ha cometido una contravención sancionada con pena de comiso, embargarán los efectos decomisables, formulando por triplicado una relación especificada de ellos, en la que conste su naturaleza, número, peso y valor. Para determinar este último podrán asesorarse con persona experta. De las actuaciones a que se refiere este artículo se dará aviso inmediato al Ministro de Hacienda y mientras este funcionario indica la Oficina o empleados fiscal a quien deban ser entregados los efectos aprehendidos, se mantendrán al cuidado de un Administrador de Rentas Nacionales o Jefe de cualquier Depósito dependiente del Ministerio de Hacienda. Cuando quien instruya el proceso sea un Administrador de Rentas, él mismo guardará provisionalmente los efectos». De esa manera, la vetusta Ley Orgánica estableció controles dirigidos a que los efectos embargados no fueran dispuestos o utilizados de manera distinta a la señalada por la ley, pero no sustrajo el hecho, como ahora lo hace el literal c), a la esfera de las normas penales ordinarias, por lo que la definición y clasificación de este delito continuó dentro del ámbito del derecho penal ordinario como delito de hurto, definido en el artículo 453 de nuestro Código Penal.

Así, quien no entregue a la autoridad fiscal competente todo cuanto hubiese embargado o tuviere en calidad de depósito, cometerá contrabando por la parte apropiada, retenida, consumida, etc., pero no por la totalidad de lo embargado; pero si la entrega fuera hecha a quien no tuviera competencia para recibirla, se estará cometiendo delito con la totalidad de los bienes, tanto a los efectos de determinar el monto de los impuestos arancelarios correspondientes a las mercancías objeto del delito como, consecuentemente, para la determinación de las penas aplicables.

Este literal es de aplicación exclusiva a quienes tengan calidad de aprehensores o de depositarios; éstos últimos sólo pueden serlo en virtud de nombramiento (empleado de Hacienda) y del cumplimiento de otros requisitos legales. Por el contrario,

cualquier autoridad, civil o militar, de hacienda o no, así como los particulares¹¹, pueden ser aprehensores, en cuyo caso quedan sujetos a lo establecido en el literal en estudio.

A diferencia con lo que sucede con el contrabando tipificado en el literal e) ya estudiado, en este caso no es posible la concurrencia de hechos punibles, es decir, la apropiación, retención, consumo, distribución o entrega falla por parte de aprehensores y depositarios será sólo contrabando y no contrabando y hurto o contrabando y robo, por lo que las penas serán las establecidas en la Ley Orgánica de Aduanas.

d) Introducción de mercancías procedentes de territorios con régimen fiscal aduanero preferencial

Las zonas o territorios que gozan de régimen fiscal aduanero preferencial, pueden ser utilizados como plataformas para introducir subrepticamente mercancías al resto del territorio nacional, aprovechando la cercanía o contigüidad entre unos y otro. Por ello, era necesario establecer una rigurosa advertencia legal punitiva dirigida a inhibir cualquier acción tendiente a utilizar estas zonas y territorios para obtener beneficios ilegítimos.

La redacción de la norma nos indica que constituye contrabando «la introducción al resto del territorio nacional» sin ningún distingo. Así, la internación de mercancías de un territorio con régimen fiscal aduanero preferencial a otro territorio con iguales características, no hace variar la tipificación del delito ni las consecuencias legales producidas por el hecho.

El texto legal se refiere a «régimen fiscal aduanero preferencial». ¿Por qué el legislador no utilizó únicamente el término *aduanero* o el término *fiscal* sino que, por el contrario, utilizó ambos? ¿Por qué no utilizó la conjunción disyuntiva «o» para denotar alternativa, ni la conjunción copulativa «y» para unir *aduanero* y *fiscal*? Todo indica que la palabra *aduanero* es utilizada como adjetivo para modificar el sustantivo *fiscal*, indicando con ello que no basta, para la aplicación de este literal, que la zona o territorio estén sometidos a un régimen fiscal preferencial, sino que las preferencias fiscales deben tener carácter o calidad de aduaneras. Así, por ejemplo, la introducción al resto del territorio nacional de bebidas alcohólicas procedentes de zonas o territorios que disfruten de un régimen fiscal preferencial en materia de licores, aun cuando no se cumplan,

¹¹Ver artículo 349 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

se violen o adulteren los controles respectivos, no constituye contrabando en los términos del presente literal.

Pero no toda introducción al resto del territorio nacional de mercancías procedentes de zonas o territorios sometidos al régimen aduanero fiscal preferencial constituye delito; para ello es necesario que medie incumplimiento, violación o adulteración de los controles respectivos, pues caso contrario se podría estar ante otro tipo de ilícito, pero no ante un caso de contrabando. Nótese, pues, que lo que constituye delito a la luz de la norma que se analiza no es la procedencia en sí, ni el incumplimiento, violación o adulteración de los controles respectivos, por separado, sino la conjunción de la procedencia y el incumplimiento, violación o adulteración ya señalados.

e) El ardid y el engaño como causales de contrabando

Este último literal del artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas es, quizás, el que impone a los funcionarios judiciales y administrativos a quienes compete impedir, reprimir o juzgar el contrabando, una mayor carga de análisis, interpretación y discrecionalidad. Los términos impedir, dificultar, ardid, engaño y la frase «cabal cumplimiento» constituyen la médula de este apartado.

Impide no sólo quien imposibilita la ejecución de una cosa, sino también quien la estorba, es decir, quien pone embarazo u obstáculo a esa ejecución. Si el impedimento se efectúa mediante ardid (artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento¹²) o engaño (falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre¹³), de manera tal que se imposibilite o estorbe el cabal (completo, acabado) ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas, se está en presencia del delito tipificado en el literal e).

Es notoria la similitud existente entre el literal b) del artículo 104 y el que ahora analizamos. El primero está dirigido a tipificar como delito las actuaciones dirigidas a llamar a error a los funcionarios reconocedores mediante el uso de adminículos, dispositivos o sistemas que, al dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, produzcan resultados distintos a los que en justicia corresponden, con la consiguiente evasión total o parcial de los derechos y el incumplimiento de los requisitos aduaneros a los que pudieran estar sujetos los efectos. El ardid y el engaño a que se

¹²Diccionario de la Lengua Española. p. 113.

¹³Diccionario de la Lengua Española. p. 532.

refiere el apartado en análisis, no están circunscritos al acto de reconocimiento ni versa directamente sobre las mercancías en el sentido y alcance a que se refiere el segundo de los apartados de este artículo.

Lo que resulta innegable es que no se pueden realizar acciones dirigidas a dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento sin que, a la vez, se trate de impedir el cabal ejercicio de las facultades otorgadas a las aduanas, por lo que el literal b) del artículo 104 pareciera una *especie* del *género* señalado en el e) del 105; además, todo hacer prever que junto con las acciones dirigidas a dificultar el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, deben realizarse otras que coadyuven a tal ocultamente, como la ausencia de declaración o la declaración falsa. Supongamos, por ejemplo, que un importador esconde mercancías en el doble fondo de un contenedor para substraerlas al reconocimiento; ese ocultamiento debe estar acompañado de un engaño, consistente en declarar mercancías en número inferior al real. No se entendería, por ilógico, que alguien oculte y declare mercancías simultáneamente, pues lo uno contradice lo otro.

¿Cuáles son esas facultades legalmente otorgadas a las aduanas, cuyo cabal ejercicio es susceptible de ser impedido mediante ardid o engaño?

a) Desde el punto de vista fiscal, las aduanas están en el deber y tienen el derecho de cobrar la exacta cantidad de dinero liquidada a cargo del contribuyente, por concepto de impuestos, tasas y otros rubros legalmente acordados.

b) Desde el punto de vista del control que deben ejercer dichas oficinas, éstas tienen el derecho de exigir y recibir toda la información necesaria para determinar y aplicar el régimen que corresponda a los efectos, establecido en el Arancel de Aduanas (prohibiciones, permisos, licencias, certificados, etc.).

Es tan amplia la interpretación que se puede dar a la oración «cabal ejercicio de las facultades otorgadas legalmente a las aduanas», que casi cualquier hecho que caiga dentro de lo que se pueda calificar como ardid o engaño, resulta contrabando. Así, la presentación ante la aduana de cualquier documento falso, alterado o simulado, constituye delito; asimismo, es contrabando la simulación de ciertas circunstancias para obtener un régimen aduanero distinto al que legalmente corresponda, como sería el caso de fingir una arribada forzosa; la presentación de un documento titulado «factura» que no haya sido elaborado y firmado por el fabricante, productor o exportador, preten-

diendo hacer creer a la aduana que si lo fue, mediante falsificación o simulación de firmas, sellos, membretes, etc.

Cuando el ardid o el engaño se materialicen mediante ocultación de mercancías o el uso de adminículos, dispositivos o sistemas que dificulten el descubrimiento de las mercancías en el reconocimiento, el literal que corresponderá aplicar será el b) del artículo 104, por ser más específico que el e) del 105; en todos los demás casos, resultará procedente la aplicación de este último, siempre y cuando el hecho afecte el cabal cumplimiento a que se refiere la Ley.

Pero no podemos dar por concluido este punto sin definir lo que es ardid, engaño y simulación. Para Laura Damianovich de Cerrero¹⁴, ardid es el artificio, el medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, en despliegue de una falsa apariencia; para la misma autora, engaño es la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer o –en otros términos– dar a la mentira apariencia de verdad.

Dice Carrara –citado por Iureta Goyena– «que *raggiro*, que significa artificio, supone siempre, supone siempre, una simulación o una disimulación, la cual puede ser personal o real. La simulación es personal en el caso, por ejemplo, en que una persona se dice marqués o duque, o abogado o comerciante sin serlo. La disimulación es personal cuando el sujeto oculta una calidad que le es propia; una menor, por ejemplo, que se hace pasar por mayor, una mujer casada que se hace pasar por viuda o por soltera. La simulación es real, cuando se le atribuye a una cosa una calidad que no tiene. Se vende, por ejemplo, plomo por oro, dándole a plomo el aspecto o el color del oro. La disimulación es real cuando se oculta, cuando se oculta una calidad o antecedente sustancial de la cosa, como cuando se vende, por ejemplo, un inmueble gravado con una hipoteca o con una servidumbre o con cualquier otro derecho que constituya un desmembramiento del dominio y que disminuye el valor de la propiedad, silenciando la existencia de la servidumbre o de la hipoteca, etc.»¹⁵

m) Simulación de realización de una operación o actividad aduanera

Genéricamente, la simulación o acción de simular consiste en «representar una

¹⁴ Damianovich de Cerrado, Laura. La Falsedad Documental. Pag. 310.

¹⁵ IURETA GOYENA, José. Delitos de Falsificación Documentaria y Estafa. Págs. 169 y 170.

cosa fingiendo o imitando lo que no es»¹⁶. Es evidente que este es el sentido utilizado por el legislador al redactar el literal m) del artículo 105.

En la práctica, la simulación de realizar una operación aduanera o actividades de admisión, reimportación, reexportación, reexpedición, reintroducción, transbordo, reembarque o retorno se materializa mediante la alteración, simulación, forjamiento o falsificación de documentos, con el objeto de hacer creer a las autoridades públicas que han satisfecho trámites y requisitos cuyo conjunto constituyen la operación o actividad que se simula. No toda manipulación fraudulenta de documentos públicos o privados constituye contrabando de acuerdo con este literal, aunque si lo es de acuerdo con otros; es necesario que esa manipulación esté dirigida a simular la operación o actividad pretendidas.

Al estudiar el fraude en aduanas veremos con más detalle los elementos constitutivos y el momento consumativo de este tipo delictual.

n) Participación en el contrabando de funcionario, obrero, auxiliar de la administración aduanera o de pariente de funcionario aduanero

Según este literal, es contrabando agravado la participación en el delito de un funcionario público u obrero al servicio de la Administración Pública o de un auxiliar de la Administración Aduanera o de quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo de afinidad con los funcionarios de la aduana de introducción o extracción de la mercancía.

La redacción que adoptó el legislador con respecto al parentesco nos señala de manera inequívoca que este texto sólo es aplicable a contrabandos realizados en zona primaria aduanera o, en otros términos, que hayan llegado a una oficina aduanera de donde se extraen o tratan de extraerse mediante la comisión de irregularidades señaladas por la Ley como delito. Así, si los efectos son aprehendidos en zona secundaria y no se puede comprobar fehacientemente su ingreso por una determinada aduana, este literal resultaría absolutamente inaplicable. No así si un funcionario aduanero *participa* como autor, coautor, cómplice o encubridor del contrabando – independientemente de que el alijo haya pasado o no por zona aduanera– en cuyo caso no se requiere ninguna comprobación ulterior.

El análisis de este literal resultaría en extremo incompleto si no dedicamos unas

¹⁶Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

líneas a tratar el parentesco, tanto por consanguinidad como por afinidad.

El parentesco siempre es un lazo entre personas que se origina por tener algún ascendiente común o por estar en una situación a la cual la ley le confiere la consecuencia de crear parentela. Cuando dos o más personas provienen de un tronco común se dice que son parientes consanguíneos o, como dice el Código Civil, la consanguinidad es la relación que existe entre personas unidas por los vínculos de la sangre. Por su lado, la afinidad es el vínculo que se forma entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. El primero deriva de la sangre; el segundo del matrimonio.

Cuando las personas descienden unas de otras se habla de parentesco en línea recta, pero cuando las personas tienen un autor común mas no descienden unas de otras, se dice que hay parentesco colateral. Así, el padre e hijo tienen parentesco en línea recta, mientras que los hermanos entre sí lo tienen en forma colateral.

El grado señala la cercanía del parentesco; a menor grado más cerca el vínculo parental. ¿Cómo se calcula el grado? Cuando se trata de línea recta, se cuentan las personas en la línea y se le resta uno. Así, entre abuelo y nieto se cuentan el abuelo, el padre y el nieto y se le resta uno, lo que nos indica que entre ellos hay un vínculo de segundo grado. Cuando el parentesco es colateral, se cuentan las personas hasta el autor común, luego se baja hasta la persona cuyo grado queremos determinar y se le resta uno. Por ejemplo, para determinar el grado de parentesco entre hermanos se cuenta el hermano «A», se sube al padre común «P» y se baja al hermano «B», luego se resta uno, por lo que entre los hermanos «A» y «B» el parentesco será de segundo grado.

Dice el Código Civil que en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo de uno de los cónyuges es afín del otro; por lo tanto, para determinar el grado de parentesco por afinidad se calcula el grado de parentesco consanguíneo de un cónyuge y ese mismo grado será el del parentesco por afinidad del otro. Por ejemplo, si deseamos determinar la afinidad entre yerno y suegro, calculamos el grado de consanguinidad entre la esposa y su padre y ese mismo será el de afinidad entre ellos.

A diferencia de lo que sucede con el parentesco por afinidad, en el caso de la consanguinidad no importa si el vínculo se deriva de una unión matrimonial o extramatrimonial y a los efectos aduaneros tampoco importa si el vínculo es doble o sencillo o

si los hermanos son consanguíneos, uterinos o germanos¹⁷. Lo que realmente importa es el grado para determinar si se está dentro del supuesto que establece la Ley para agravar el contrabando.

Este literal dice «la participación en el contrabando de un funcionario público u obrero ...», por lo que la conducta delictual tiene necesariamente que estar señalada como contrabando en otra parte de la Ley, por cuanto es obvio que no estamos en presencia de un tipo delictual, los cuales, como es sabido, tienen «una serie de elementos comunes que contribuyen a formar su estructura; para identificarlos, basta hacernos la consideración de que todo tipo penal describe una conducta que, realizada por alguien lesiona o pone en peligro un bien del cual otra persona es titular; por consiguiente en cada uno de ellos se identifican dos sujetos; el activo que ejecuta el comportamiento típico y el pasivo en cuya cabeza radica el bien o interés que se lesiona; una conducta que genéricamente allí aparece consagrada y que, siendo por lo regular de naturaleza objetivo-descriptiva, en veces trae referencias normativas o subjetivas y un **objeto** de doble entidad: jurídica en cuanto bien normativamente tutelado y material en cuanto ente –persona o cosa– sobre el cual recae la conducta típica».¹⁸

Así pues, si tal conducta encaja dentro de los tipos del artículo 104, no se presenta ningún problema, pues el literal en estudio sería el aplicable, pero ¿Qué pasa si la conducta es la descrita en los tipos del artículo 105?

Por ejemplo, si una persona presenta ante la aduana una factura comercial falsa para sustentar la base imponible estará cometiendo contrabando de conformidad con el literal g) del artículo 105, pero si a la vez resulta hermano de un funcionario de la aduana en cuya zona primaria se cometió el delito, nos encontramos ante lo que pareciera una doble agravación, pues este literal no describe una conducta como punible, si no que se refiere a la calidad de las personas involucradas en el hecho. Visto así, parece perfectamente aplicable el artículo 79 del Código Penal dice a la letra: «No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse». Ser funcionario, pariente de éste, obrero o auxiliar de la Administración Adua-

¹⁷ Son hermanos consanguíneos los hijos de un mismo padre y de distinta madre. Son uterinos los hijos de una misma madre y distinto padre y son germanos los padre y madre iguales.

¹⁸ REYES, E., Alfonso. La Tipicidad. Pag. 42.

nera no es circunstancia que por sí misma constituya delito, por lo que la agravación torpemente querida por el legislador parece resultar procedente; caso contrario, cuando se cometa un delito descrito en el artículo 105 este literal resultaría ocioso por inaplicable.

Antes de hacer cualquier otra consideración sobre el alcance y contenido del literal n) artículo 105 de la Ley Orgánica de Aduanas, nos parece indispensable precisar lo que debe entenderse por funcionario público. Dice la Ley de Carrera Administrativa: «A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado¹⁹». Para la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público: «Para los efectos de esta Ley, se consideran funcionarios o empleados públicos: 1) A todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades...»

El concepto de funcionario público acogido por la Ley Orgánica de Aduanas, parece estar fuertemente influenciado por el artículo 236 del Código Penal, en el cual se lee: «Para los efectos de la ley penal, se consideran como funcionarios públicos: 1° Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades...»

Toda persona que realice trabajos para el servicio aduanero y que no tenga carácter de obrero, debe considerarse empleado aduanero; pero sólo aquellos empleados que ejerzan funciones públicas, pueden considerarse funcionarios. Tal como afirma Tulio Chiossone, *empleado público* es el género y *funcionario* la especie²⁰.

Parafraseando a este jurista, podemos decir que hay empleados de la adminis-

¹⁹Parágrafo único del artículo 1 de la Ley de Carrera Administrativa.

²⁰CHIOSSONE, Tulio. Manual de Derecho Penal Venezolano. Pag. 516.

tración aduanera que están investidos con la *función*, pero hay otros que realizan un trabajo para la administración, pero no tienen funciones aduaneras sino que se limitan a prestar un servicio material. En las aduanas hay empleados que no son funcionarios, como es el caso de las mecanógrafas o de quienes realizan la recepción de documentos. Por el contrario, son funcionarios de aduana, entre otros, el Ministro de Hacienda, los jefes de oficina de aduanera, los reconocedores, los liquidadores, los guardalmacenes, etc., bien sea porque la función se la acuerde la Ley Orgánica de Aduanas (como es el caso del Ministro) o esté establecida en otras leyes, como acontece con los liquidadores y guardalmacenes (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional).

Por cuanto lo verdaderamente relevante es la función, es funcionario quien realice una determinada función pública; por consiguiente, los *funcionarios de hecho*, es decir, los que realizan la función sin tener el correspondiente nombramiento, también deben ser tenidos como funcionarios a todos los efectos aduaneros. Admitir lo contrario, sería establecer un estatuto privilegiado no solamente injusto, sino también contrario al principio de responsabilidad que genera el ejercicio del poder público.

Así pues, quienes conozcan de casos en los que parezca estar involucrado un empleado de aduanas, deben determinar, antes de entrar en cualquier otra consideración, que éste tenga carácter de funcionario. De no ser así, la aplicación de dicho literal sería improcedente.

Para el año (1977) en que se redacta la Ley Orgánica de Aduanas, estaba vigente en todas sus partes el Capítulo III del Título III del Código Penal, referente a la corrupción de funcionarios. Luego, el 1º de abril de 1983, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, todos los artículos que conforman dicho Capítulo quedaron expresamente derogados, pero no así la influencia que su articulado debió ejercer en el ánimo del legislador aduanero, por lo que se nos impone no desechar el componente histórico de la interpretación, para encontrar el pensamiento, la voluntad y la intención que privó en el proyectista para el momento de la redacción de la norma en estudio.

Actualmente, es la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público la que con carácter de ley especial trata lo referente a los delitos contra la cosa pública, entre los cuales se encuentra la corrupción de funcionario y, por ende, la corrupción de funcionario aduanero. Pero antes de acercarnos al texto de dicha Ley, es bueno señalar el

carácter bilateral de este delito; para su consumación será siempre necesario que intervenga uno o varios funcionarios, por una parte, y uno o varios agentes corruptores, por la otra, complementándose unos y otros para el logro del objetivo bilateralmente pretendido. Al lado del funcionario que se vende, habrá siempre el elemento que lo compra en procura de un beneficio contrario a la ley. En breves términos, la corrupción de funcionario consiste en una «ilícita relación consensual entre el oficial público y el extraño interesado».²¹ Para Chiossone, la corrupción de funcionario es un delito que consiste en recibir el funcionario público dinero o otras especies o dádivas, bien por un acto de sus funciones o por hacer algo contrario a lo que le impone el deber de la función.²² En criterio de Grisanti Franceschi, «comete este delito el funcionario público que trafica con la autoridad de que está investido para ejecutar, retardar u omitir un acto de sus funciones o realizar alguno contrario a las mismas, a cambio de cualquiera retribución que no se le deba o de la simple promesa de ésta».²³

Según Carrara, citado por Grisanti²⁴, para que exista corrupción «es preciso que una persona constituida en oficial público haya recibido o querido recibir algún lucro. Para nada influye sobre la esencia del delito que el oficial sea superior o inferior, remunerado o sin sueldo, temporal o perpetuo, o sea del orden judicial o del político o administrativo; y tampoco influye de ningún modo que la recompensa sea dada o prometida durante el cargo o después de dejarlo».

Tradicionalmente –dice Eunice León– el delito se diversificaba en distintas especies o formas que daban lugar a otras tantas clasificaciones en las que se separa, por una parte, la llamada corrupción impropia de la denominada corrupción propia; por otra parte, la corrupción pasiva (sea propia o impropia) de la corrupción activa. Esta autora recoge la doctrina universal al señalar que incurre en corrupción impropia el funcionario que *vende* un acto regular de autoridad o, lo que es lo mismo, un acto propio de su función o cargo que por regla general debería ser gratuito (la emisión de una planilla de liquidación de gravámenes, por ejemplo). Estaríamos en presencia de corrupción propia cuando hay consenso lucrativo entre funcionario y particular destinado

²¹MANZINI, Incensó. Citado por Eunice León de Visani, en su obra «Delitos de Salvaguarda». Pag. 138.

²²CHIOSSONE, Tulio. op. cit. Pag. 525.

²³GRISANTI FRANCESCHI, Andrés. Manual de Derecho Penal. Pag. 825.

²⁴GRISANTI F., Andrés. Op. cit. Pag. 831.

a la realización, por parte del funcionario, de un acto ilícito o indebido, sea por omitir o retardar un acto funcional que le es propio en virtud de su cargo, o por realizar alguno que es contrario al deber que le imponen las funciones que le han sido encomendadas. Nuestra jurisprudencia afirma que la corrupción propia se diferencia de la impropia, porque en ésta se persigue que el funcionario realice legalmente un acto legítimo, mientras que aquella se contrae a actos ilegales, a omisión de deberes, retardo o violación de los mismos; y tal diferencia incide en la aplicación de la pena aunque no en la calificación jurídica del delito tipo.²⁵

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público tipifica la corrupción impropia y propia, respectivamente, en sus artículos 65 y 67, con los siguientes términos: «Cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba, para sí o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se le deban, o cuya promesa acepte, será penado...» «Cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado...».

Respecto a la redacción del artículo 67, el jurista Alberto Arteaga Sánchez, realiza un muy atinado comentario: «...cabe observar que el legislador, creemos inadvertidamente, al describir este tipo delictivo que en su esencia corresponde a la corrupción propia, incluyó la mención «por *hacer*... algún acto de sus funciones...», lo que corresponde a la corrupción impropia y que está comprendido en el artículo 65, con lo cual incurre en una inútil repetición a este respecto».

Como se evidencia de los textos legales transcritos y de la opinión de los eminentes juristas, en el delito de corrupción *siempre* está presente el ánimo de lucro; en ausencia de lucro, no hay corrupción. De allí que la Ley Orgánica de Aduanas utilizó antes de la reforma, al lado de la figura de la corrupción de funcionario aduanero, la de *asociación ilícita*, para cuya configuración no se requiere el ánimo de lucro, bastando el acuerdo entre el funcionario y el extraño con el propósito de hacer varias el tratamiento normalmente aplicable a la mercancías, para que se configure el delito. Esta previsión legal es de gran importancia desde el punto de vista práctico, pues impide que por

²⁵Jurisprudencia de los Tribunales de la República, citada por Mariano Arcaya, op. cit. Pág.. 271.

la rendija de la ausencia de lucro, los funcionarios corruptos escapen a la acción de la justicia, dada la dificultad de probar la existencia de una promesa o la entrega de dádiva, dinero o materialización de una prebenda.

Así las cosas, todo consenso ilícito, lucrativo o no, entre funcionario aduanero y cualquier ciudadano para variar el tratamiento que de conformidad con la ley deba aplicarse a las mercancías, con el objeto de procurar un beneficio ilegítimo para su propietario o tenedor, constituye contrabando y debe ser penado como tal. En resumen, basta la participación del funcionario en la comisión del delito para que el delito agravado tenga lugar, sin necesidad de un determinado ánimo, ya sea de lucro o distinto a él.

El hecho de que la corrupción de funcionario aduanero, en los términos antes señalados, constituya contrabando, nos pone en presencia de un solo delito y no de los delitos de contrabando y corrupción, por separado, como a primera vista pudiera parecer. Por lo tanto, no hay concurso de delitos, ni ideal ni material, por cuanto para ello se requiere pluralidad de delitos y, por consiguiente, no se pueden invocar ni aplicar los artículos 90 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público ni el correspondiente de la Ley Orgánica de Aduanas, ambos referidos a un concurso delictual, en este caso inexistente. Cosa distinta sucedería si se comete delito con corrupción de funcionario y luego, para escapar a la acción de los funcionarios de control posterior, el tenedor de los efectos corrompe a dichos empleados. En este caso estaríamos en presencia de un concurso material, por cuanto cada hecho punible es el resultado de un acto encaminado a tal fin.

En el tipo de delito comentado, siempre está presente la figura de la concurrencia de varias personas (a lo menos dos) en un mismo hecho punible, por lo que corrompido y corruptor (coautores) quedan sujetos, por igual, a la penas correspondientes al hecho perpetrado.²⁶

Como ya dijimos, para el momento en que se redactó nuestra Ley Orgánica de Aduanas, no existía la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) y estaban plenamente vigentes los capítulos y artículos del Título III del Libro Segundo del Código Penal, referente a los delitos contra la cosa pública. Dicho Código dedica el Capítulo II de dicho Título a la concusión y el Capítulo III a la corrupción de funcio-

²⁶Ver artículo 83 del Código Penal.

narios. No así la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, quien enmarca la concusión y la corrupción dentro de su Título VI «De los delitos Contra la Cosa Pública». Esta modificación de nuestro sistema jurídico positivo, nos impone llamar la atención sobre el hecho de que la concusión, tipificada en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es delito diferente al de corrupción, tipificado en sus artículos 65 y 67.

Manzini –dice Grisanti– distingue la corrupción de la concusión tomando como criterio diferencial entre dichos delitos, principalmente, el objetivo jurídico de uno y otro de tales hechos delictuosos, así como también el carácter de delito bilateral que tiene la corrupción, en tanto que la concusión es unilateral. Y explica que, al incriminar la concusión se trata de impedir que los funcionarios públicos abusen de sus funciones para obtener provechos ilícitos, extorsionando o sonsacando lo que no se les debe. Lo que se castiga es, pues, la ávida procacidad del funcionario; y es su iniciativa en el hecho de extorsionar o sonsacar lo indebido, lo que se sanciona, puesto que «el que da o promete es una víctima del oficial público: es siempre sujeto pasivo del delito». En la corrupción, en cambio, lo que se persigue es la ilícita relación consensual entre el funcionario público y el extraño interesado: aquél cede aprovechando verazmente el oficio o traicionándolo por venalidad, a las acaparadoras iniciativas ajenas. «El acepta ignominiosa o pérfidamente, pero no agrede ni requiere. El que da o promete no es una víctima (así sea eventualmente interesada o aun deshonesto por otros títulos) del oficial público, como en la concusión, no es un sujeto pasivo del delito de él, sino que, por el contrario, conceptualmente es el instigador del delito, es decir, un copartícipe ... En la concusión el funcionario exige; en cambio, en la corrupción acepta».²⁷

Pero no sólo por los antecedentes legislativos y doctrinales señalados la concusión no queda comprendida, como especie, dentro del género corrupción del funcionario aduanero. El comiso que debe aplicarse a las mercancías contrabandeadas, resultaría una pena odiosa por injusta en estos casos, por no decir la sanción pecuniaria o corporal que se le aplicaría al particular por el único *delito* de ser víctima de la condición corrompida del funcionario.

El delito de contrabando por corrupción de funcionario aduanero, exige un comentario respecto al pago de los tributos causados, pues en la concreción de este

²⁷GRISANTI F., Andrés. Op. cit. Págs. 827 y 828.

ilícito las mercancías llegan a una zona primaria aduanera, donde se verifica el consenso delictual. Esa llegada constituye el hecho imponible, el nacimiento de la obligación aduanera y tributaria, cuya extinción sólo es posible por los medios establecidos en la ley. En una buena parte de los casos habrá un declarante, un sujeto pasivo obligado a satisfacer los intereses del activo o, en otras palabras, a cumplir los requisitos y a pagar las cantidades que procedan por concepto de derechos de aduana. Por ello, además de las multas que resulten procedentes por aplicación de la Ley Orgánica de Aduanas, deberán liquidarse y cobrarse los derechos causados por las mercancías sobre las cuales se verificó el hecho imponible.

Autores, coautores y cómplices

Son autores del delito los autores propiamente dichos, los cooperadores inmediatos y los instigadores o autores psicológicos, es decir, los que han actuado en forma directa en la consumación del delito y sin cuya concurrencia el hecho no se hubiera realizado; son cómplices quienes hayan tenido una participación indirecta en el hecho delictivo, pero cuya influencia no sea de tal entidad como para que su ausencia hubiera imposibilitado la comisión del delito. Dentro de esta categoría se encuentran los excitadores, los auxiliadores y los encubridores o, en otros términos, los que han ayudado a la consumación del hecho antes, durante o después de su materialización. Para Grisanti Franceschi, el delito de encubrimiento lo comete quien ayuda de cualquier modo al autor de un delito, bien favoreciendo su ocultación a fin de que pueda eludir la acción de la justicia, bien mediante la adquisición de las cosas que han sido objeto de aquél, ya haciendo desaparecer las huellas o elementos comprobatorios del hecho delictuoso, con posterioridad a la comisión de éste y siempre que no haya habido concierto anterior al delito, ni haya contribuido a llevarlo a ulteriores efectos. La falta de concierto anterior distingue el encubrimiento de la participación criminal, como que, de existir tal concierto, habría ésta y no aquél.²⁸

o) Contrabando de mercancías prohibidas o reservadas

Las calificaciones de *prohibidas* o *reservadas*, solamente podrán realizarse a través del Arancel Aduanas²⁹, bien mediante el establecimiento de las notas 1 y 2 (importación prohibida o importación reservada, respectivamente) o de cualquier otro medio califi-

²⁸GRISANTI F., Andrés. Manual de Derecho Penal. Pag. 755.

²⁹Ver artículo 84 de la Ley Orgánica de Aduanas.

catorio. No podrá invocarse circunstancia agravante alguna, si las mercancías objeto del delito estuvieran sujetas a cualquier otra restricción o a suspensión.

Como es notorio, este literal no describe una conducta delictual, como tampoco señala si la prohibición o reserva es referente a la importación, exportación o tránsito; ante la falta de distinción, debemos entender que cualquier prohibición o reserva es suficiente para que se pueda invocar este literal.

p) Que el contrabando se haya cometido en ocasión de incendio, catástrofe, naufragio o de circunstancias perturbadoras de la tranquilidad y seguridad públicas

Se hace merecedor a pena agravada quien realiza contrabando aprovechándose del estado de temor, desazón, confusión, desorden, etc. provocados por terremotos, tumultos, incendios, inundaciones y situaciones calamitosas similares. Quien delinque en tales condiciones, debe ser visto como infractor de elementales principios de solidaridad social, mostrando de consuno condiciones de alta peligrosidad.

El fraude en aduanas

La Administración Aduanera puede incumplir con su obligación de controlar el ingreso y salida de mercancías, en virtud de error provocado mediante engaño realizado por usuarios que –de esta manera– evaden o disminuyen el pago de las debidas contribuciones, o se sustraen del cumplimiento de requisitos señalados como obligatorios por la Ley.

Quien introduce o extrae mercancías por lugares no habilitados incurre en contrabando, pero no engaña, no vicia la voluntad de la oficina aduanera, si bien escapa a ella. Por el contrario, quien presenta ante la aduana un documento falso, alterado, adulterado, forjado o expedido irregularmente, o bien aparenta mediante troqueles o sellos la entrega de dinero a las oficinas receptoras de fondos nacionales, o destruye documentos para evitar el cumplimiento de una obligación comete contrabando mediante engaño, sorprendiendo la buena fe de la Administración y, consecuentemente, viciando su voluntad que –si bien se pronuncia libremente– se expresa equivocadamente como consecuencia de error generado por los artificios o embustes que la han distorsionado.

Los literales e) y g) a la k) del artículo 105 no son más que variaciones de un mismo planteamiento: quien voluntariamente se sustrae a obligaciones u obtiene beneficios mediante engaño a la aduana, comete contrabando. No se castiga el engaño en si mismo, si no la lesión que –por la voluntad del actor– se produce o se pretende producir mediante la utilización del

medio engañoso a objeto de hacer incurrir en error al sujeto pasivo del delito y obtener de esa manera un beneficio impropio. Los literales en análisis no admiten la simple culpa; por el contrario exigen el dolo, en cuya ausencia sería otro el tipo delictual, de ser alguno invocable. La redacción utilizada por el legislador no nos permite razonar de otra manera, pues señala la persecución de fines antijurídicos con las locuciones: «...con el objeto de acceder a un tratamiento preferencial, de evitar la aplicación de restricción u otra medida a la operación aduanera o en todo caso, defraudar los intereses del Fisco Nacional»; «...destinados a aparentar el pago o la caución de las cantidades debidas al Fisco Nacional».³⁰ Además, señala como delito el respaldo a las declaraciones con medios capaces de engañar y producir decisiones administrativas erróneas distintas a las que en deberían producirse de no mediar la falsedad, alteración o forjamiento documental. La Ley trata ciertas manipulaciones de los documentos (sustitución, destrucción, adulteración, forjamiento) dirigidos a producir una apariencia injustamente provechosa para el manipulador. El dolo consiste en la intención que antecede al acto –por parte del sujeto activo– de pretender un tratamiento aduanero distinto al que legalmente le corresponde.³¹

Pero no basta que esté presente el deseo de engañar para lograr beneficio propio o ajeno. Es necesario que los medios que se utilicen sean idóneos, que las artimañas utilizadas sean lo suficientemente insidiosas o astutas como para engañar al funcionario aduanero. Así, si un usuario presenta una factura evidentemente falsa o alterada o con valores que no tengan relación alguna con la realidad comercial, no podríamos hablar de engaño, pues no toda mentira es capaz de engañar y, en consecuencia, podemos estar en presencia de otro delito o falta.

Se han dado casos en que un importador presenta factura y declaración señalando un valor que constituye apenas una milésima parte del real. Una mentira tan gruesa y evidente, es incapaz de llamar a error a un funcionario medianamente avezado y –por tanto– mal se podría considerar que se está en presencia de un medio engañoso

³⁰ Para Tulio Chiossone «todo acto humano tiene siempre una finalidad o propósito, porque de lo contrario estarían vacíos de contenido. Inicialmente hay siempre la intención de realizar determinado acto, aun cuando sus consecuencias sean diferentes. En la elaboración de los tipos delictivos, por lo general, no se describe el fin o propósito del acto transgresor, y es por excepción que el legislador lo hace en aquellos casos en que la finalidad es la razón misma de la existencia del hecho punible.» Tomado de *Teoría del Hecho Punible*. Pág. 153

³¹ Eugenio Cuello Calón considera que el «dolo es la *voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso*, o simplemente *la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso*. No es justa la noción, frecuente entre los penalistas, que considera el dolo como «intención de ejecutar un hecho delictuoso», pues ésta equivale a estimarlo como intención de violar el derecho, presupone un ánimo dirigido de modo preponderante a la lesión del orden jurídico; el dolo es la intención de ejecutar un hecho a pesar de ser delictuoso.» (Cursivas en el original). Tomado de *Derecho Penal*. Pags. 317 y 318.

lo suficientemente hábil como para inducir a engaño y producir el error necesario para hacer posible el daño ajeno y el provecho propio.

La calificación de esta idoneidad es ardua tarea para el juzgador sobre la que se ha hablado y escrito mucho cuando se analiza el delito de estafa. Hay quienes sostienen que la intensidad del engaño debe medirse sobre la base de una prudencia media, mientras que otros consideran que el juez debe analizar cada caso en particular y hurgar en las condiciones intelectuales del estafado. Esta última posición ha ido tomando cuerpo ante la imposibilidad de determinar valores intelectuales medios entre la inmensa disimilitud de los seres humanos. A los fines que interesan a este estudio, puede presumirse que un funcionario aduanero a quien corresponde determinar el régimen jurídico e impositivo aplicable a las mercancías objeto de operación aduanera, tiene conocimientos y experiencias que no son propios de personas que no desempeñen estas funciones, por lo que el medio engañoso debe ser evaluado sin perder de vista estas especiales características.

La falsificación, adulteración, forjamiento, etc. de facturas, conocimientos de embarque y demás documentos privados propios del comercio internacional o de la actividad aduanera en sí no es delito, como tampoco lo sería poseer el troquel de un banco o el sello de una aduana; lo que resulta sujeto a pena es el uso de esos documentos o artefactos, por lo que el momento consumativo del delito sería el de la consignación ante la oficina aduanera de tales documentos o –en el caso de troqueles y sellos– el de la presentación ante la aduana de los documentos sellados o troquelados de forma irregular.

Asunto distinto es la falsificación, alteración, simulación o forjamiento de documentos públicos. Por un lado, el derecho penal ordinario hace notorias diferencias entre la manipulación indebida de unos y otros; en lo que a los asuntos aduaneros respecta, debemos empezar señalando que los oficios de clasificación arancelaria, delegaciones, permisos, licencias, certificados y similares son documentos públicos por haber sido emitidos por órganos del Estado pero –igual a lo que sucede con los documentos privados– es su consignación ante la aduana lo que consuma el delito aduanero. Antes de esa consignación, no se ha cometido contrabando.

«La mera falsedad del documento privado, mientras permanezca en propiedad del falsario, no lesiona ningún bien. Apenas constituye, dentro de los estadios del iter criminis, los actos preparatorios. La misma etapa en que se encuentra quien compra el arma para la comisión del homicidio. Puede suceder que quien habiendo dado comienzo a la falsificación de un

documento privado para usarlo, sea sorprendido antes de consumir la falsedad, o que cualquier otra circunstancia ajena a esa voluntad le impida utilizar el documento falso, como lo pretendía, en cuyo caso se presentará la tentativa.»

«Usar se refiere al uso que, por ley o por convenio de los particulares está destinado el documento, vale decir, a establecer o modificar situaciones jurídicas. Esta precisión permite algunas exclusiones obvias: no usa el documento quien lo emplea como combustible, o para embalar objetos o con una dirección diferente para la cual fue creado... El uso debe constituir un hecho jurídicamente relevante, o sea, inducir en error grave a una o varias personas sobre la validez jurídica del documento privado de que éste carece en razón de una falsedad. Se ha dicho que el uso del documento falso es simplemente una condición de punibilidad, es decir, la falsificación de documento privado es punible si el falsificador usa tal documento.»³²

Puede darse el caso de un documento que no se consigna, pero se muestra al funcionario a objeto de inducirlo a error. Tal sería el de la presentación ante el reconocedor de un Oficio de clasificación arancelaria adulterado con el objeto evitar la aplicación de una restricción o la aplicación de una tarifa más elevada. De acuerdo a la Ley se habría cometido un contrabando, pero estaríamos ante un problema de probanza, pues si no queda constancia en el acta de reconocimiento de la presentación del citado Oficio, resultaría difícil establecer la inducción a error mediante esta artimaña.

Pocos documentos han sido presentados a las aduanas con fines tan aviesos como la factura comercial. Al referirse a las facturas falsas, Carlos Fontán Balestra opina: «La falsedad puede consistir, en primer lugar, en documentar una venta que no se realizó, en cuyo caso la falsedad es total; puede consistir, también, en la modificación de los datos consignados en la factura, tales como la cantidad, la calidad, el precio o los vicios aparentes u ocultos de las mercaderías; la fecha, el plazo o cualquier otra circunstancia que produzca el efecto de dar a la factura un valor crediticio que no sea el que corresponde a las verdaderas condiciones de la compraventa realmente efectuada. Se trata de un caso de falsedad ideológica, puesto que la factura en su aspecto material, no es falsa; lo es en lo que documenta.»³³

Cosa similar puede decirse de los sobornos, conocimientos de embarque, guías aéreas y de encomienda que cada día son más manipulados o destruidos para hacer desaparecer pruebas de introducciones o extracciones subrepticias de mercancías. La

³² Editorial Jurídica de Colombia. Recopilación bajo el título *La Falsedad Documental*. Pag. 61

³³ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, Pag. 513.

entrega de cualquiera de ellos a la autoridad aduanera constituye el momento consumativo del delito. Quien entrega lo hace –obviamente– para lograr un fin antijurídico pasado por el tamiz del engaño, el error y el consentimiento viciado del órgano estatal.

La falsedad de los documentos puede ser material o ideológica. Es lo primero cuando se confecciona un documento falso o se altera uno verdadero. Es ideológica cuando en un documento auténtico se consignan o insertan hechos o declaraciones falsas, por lo que este tipo de falsedad sólo puede estar presente en documentos públicos, aun cuando muchos autores mantienen posición diferente.

Adulterar un documento es alterarlo, bien incluyendo manifestaciones no formuladas por el otorgante, pero sólo mediante sustitución o supresión.

Alterar un documento es sustituir una parte de él por otra o agregarle lo que no tenía. Para la alteración debe existir un documento genuino que se altera, pero no se forma. La simple corrección de errores materiales no es delictuosa, pues no tiene como objeto viciar el contenido ni produce –ni siquiera potencialmente– un daño jurídico, económico o de cualquier otra índole.

«Hacer un documento es imitar los signos de autenticidad (escritura, firmas, sellos). Hacerlo en todo es atribuir un texto a quien no lo ha otorgado, crear el documento con todos los signos de autenticidad que requiera para producir efectos jurídicos; no es indispensable que se imite un documento verdadero ya existente, pero sí que se trate de una falsificación que, idóneamente, pueda hacer pasar el documento como verdadero; entonces tenemos que se debe dar una atribución del tenor del escrito a alguien, sin cuya atribución no habrá tipo (p. ej. un recibo sin firma); ese alguien debe ser una persona existente o que ha existido, pues si se atribuye a personajes ficticios, el eventual perjuicio no procederá de la falsificación misma, sino del uso del documento «inventado», lo que puede ser vehículo de otros delitos (p. ej. defraudación), pero no falsificación de documento, aunque hay que reconocer que una fuerte corriente de la doctrina y la jurisprudencia admite también la tipicidad de la falsedad documental cuando el tenor se atribuye a persona inexistente, pero en los ejemplos que se invocan para avalar esa apreciación nunca falta la atribución de un tenor a personas que realmente existen o han existido (p. ej. imitación de una escritura pública donde la persona que no existe ni existió es aquel a quien se hace figurar como el notario que da fe

del acto).»³⁴

El literal k) del artículo 105 requiere un comentario especial. Allí se trata lo referente a la alteración, sustitución, destrucción,³⁵ o forjamiento de declaraciones, actas de reconocimientos, actas sobre pérdidas o averías, actas de recepción o confrontación de cargamentos, resoluciones, facturas, certificaciones, formularios, planillas de liquidación y autoliquidación y demás documentos propios de la gestión aduanera.

Dentro de un esquema lógico, no es posible admitir que la simple destrucción o alteración de un documento propio de la gestión aduanera constituya delito y acarree el comiso de las mercancías y demás penas establecidas en la Ley.

Por ejemplo, la destrucción o adulteración de una factura que se encuentra en manos del comprador no es punible, por cuanto ni siquiera constituye un acto preparatorio del contrabando, pues, como ya hemos dicho, la adulteración de documento privado en si misma no es delito, hasta tanto sea usado con el objeto de engañar y producir un error que produzca un beneficio ilegítimo.

Por lo tanto, debemos entender que el literal comentado se refiere a documentos que reposen en las oficinas aduaneras y que sean manipulados con posterioridad a su ingreso a ellas, con el objeto de obtener un provecho injusto con perjuicio de algún bien tutelado por el Estado.

Una interpretación distinta a la que aquí señalamos, daría pie a un agudo estado de inseguridad jurídica, pues los usuarios de las aduanas quedarían sujetos a la aplicación de penas diversas por hechos que se encuentran fuera de su control, como sería el caso de un incendio en los archivos de una aduana o la destrucción por error de material archivado antes de que se venza el plazo acordado para ello por las disposiciones legales que regulan la materia.

³⁴ *La Falsedad Documental*. Pags 73 y 74

³⁵ Arenas Salazar entiende por destruir el arruinar o deshacer algo. Desde el punto de vista jurídico penal, se debe entender de todas maneras como la acción mediante la cual se reduce a la nada un documento. Una acción mediante la cual se aniquila un documento quitándole lo que tiene de esencial, que es su función representativa.

Puede ocurrir que este aniquilamiento se limite a lo documentado exclusivamente, como cuando se borra lo que hay escrito en un papel, o una cinta magnética o en cualquier registro técnico impreso, o en cualquier contenedor electrónico de información. En este caso el soporte material del documento: papel, cinta magnetofónica, «diskette», fibras, etc., perduran.

Se puede dar también el caso de que la acción no se limite simplemente a lo documentado, sino que se extienda al soporte material de lo documentado, como cuando se incinera o se destroza. De todas maneras, sea lo uno o lo otro, para los efectos legales se hizo desaparecer el documento. (Tomado de *Delito de Falsedad*, de Jorge Arenas Salazar. Pags. 101 y 102).

Este literal sería de más fácil interpretación y mejor aplicación si al igual que sus homólogos g) y h) hubiese señalado el fin perseguido con la alteración, sustitución, destrucción, etc., pues –por ejemplo– múltiples pueden ser las causas de la destrucción de documentos (incendio, inundación, conmoción civil, terremoto) sin que ello signifique infracción a la ley. Además, podría suceder que alguien manipule los documentos de un embarque a espaldas de su propietario y éste resulte injustamente incriminado en un hecho delictivo.

Sobre la destrucción de documentos, comenta Iureta Goyena en los siguientes términos: «... la destrucción de un documento probatorio, para los viejos maestros no constituía falsificación. Los juristas modernos encaran este hecho con un criterio diametralmente distinto. Para ellos la destrucción de un documento probatorio equivale jurídicamente a la creación de un documento probatorio falso. Me parece que este criterio es digno de aprobación. Romper un documento suscrito por Juan a favor de Pedro, por la suma de diez mil pesos, prácticamente equivale a hacer un documento de liberación suscrito por Pedro a favor de Juan por la misma cantidad. Los efectos económicos y jurídicos son idénticos, y lo natural es que el legislador los identifique o conglomere desde el punto de vista de la criminalidad.»³⁶

Contrabando sin mercancías

Los literales g) al j), ambos inclusive, del artículo 105 de la Ley que rige la materia, parecen dar inicio a una modalidad de contrabando que difiere profundamente del concepto doctrinario que sobre este delito ha sido sostenido por siglos. Al construir tipos que contienen los elementos existenciales de la estafa como son el dolo, el engaño, el error, el daño ajeno y el provecho injusto, las mercancías dejan de ser el objeto material del delito, entendiéndose por objeto material,³⁷ «la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable. Como se ve, en algunos casos, sujeto pasivo y objeto material puede ser la misma cosa, mas esto sólo es posible cuando el objeto

³⁶ Iureta Goyena, José. Delitos de Falsificación Documentaria y Estafa. Pag. 133.

³⁷ Para Cuello Calón «el objeto material del delito es la persona o cosa sobre las que recae el delito; por tanto, pueden ser objetos materiales del delito el hombre, vivo o muerto, las personas colectivas, el Estado; en algunos casos el objeto material del delito puede confundirse con el sujeto pasivo del mismo; también pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados (v. g. La cosa robada)». Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Pag 283.

material del delito es un hombre vivo. Por ejemplo, en el homicidio, en el rapto, etc. En cambio, los muertos, los animales y las cosas pueden ser objetos materiales únicamente. Tomemos un ejemplo que ofrezca todos los supuestos: en el caso de sustracción de valores de una caja fuerte, objeto material son los valores sustraídos, sujeto pasivo, el dueño de los valores sustraídos, objeto jurídico el derecho de propiedad violado, y “cosa alcanzada por la acción”, la caja fuerte.»³⁸

Circunstancias atenuantes del contrabando

La ley Orgánica de Aduanas establece dos atenuantes específicas del contrabando: la entrega voluntaria de no menos del cincuenta por ciento (50%) de los efectos no aprehendidos y el facilitar el descubrimiento o la aprehensión de los efectos objeto del delito.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el cincuenta por ciento a que se refiere la Ley no es del total de lo contrabandeado, sino de lo no aprehendido; pero aun así, desde el punto de vista práctico esta circunstancia atenuante es de difícil aplicación, por cuanto el juzgador se verá obligado a conocer, con toda certeza, la cantidad de efectos que constituían la totalidad del alijo, como paso previo e indispensable para determinar su mitad. Es posible que en algunos casos esta determinación pueda realizarse, pero en su mayoría ello no será posible por razones obvias.

A diferencia de otros delitos, en el contrabando no existe el desistimiento voluntario (llamado por algunos tratadistas desistimiento espontáneo), pues el delito ya estará cometido apenas se inicien los actos preparatorios para su ejecución. Por ello, el legislador aduanero debió estar motivado durante la redacción del texto legal, a mermar, mediante una oferta de disminución de la pena, los efectos perniciosos del delito, incitando al delincuente a devolver o a permitir el descubrimiento o la aprehensión de los efectos objeto del delito. En este sentido se pronuncia el Modelo de Código Tributario para América Latina, al señalar que la característica esencial del contrabando es la violación de normas establecidas por razones de orden público como, por ejemplo: la protección a la industria nacional (prohibición de ciertas importaciones), preservación de la salud (prohibición de introducir estupefacientes), defensa de la moral y tranquilidad públicas (introducción de armas o libros obscenos), protección de las existencias de productos (prohibición de exportar ciertas mercaderías), defensa de la moneda

³⁸ Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Pag. 367.

(prohibición de importar o exportar metales preciosos).³⁹ En otras palabras, las circunstancias atenuantes del delito aduanero parecen obedecer más a un interés de persuadir al delincuente a devolver los efectos para menguar la entidad del daño que la internación o extracción ilícitas puedan provocar, que a la gradación de la actividad criminal.

Las penas por contrabando y el cálculo de los impuestos para su aplicación

Antes de la reforma de que fuera objeto la Ley Orgánica de Aduanas, las personas incursoas en el delito de contrabando eran penadas tomando en cuenta los impuestos arancelarios correspondientes a los efectos objeto del delito. De esta manera el legislador recogió una característica inherente al impuesto aduanero: su fin primordialmente económico y protector. Cuando la pena depende del impuesto se asume que a mayor impuesto mayor rechazo a una determinada mercancía y, en consecuencia, mayor sanción; así, las materias primas en general son poco gravadas, mientras que los bienes suntuarios lo son en alto grado.

Con posterioridad a la reforma –por ejemplo– las introducciones ilegales de un tractor cuyo valor en aduana sea de veinte millones de bolívares y la de un alijo de motocicletas de lujo con igual valor, serían igualmente penadas, a pesar de que las políticas comerciales aplicables a estos dos tipos de bienes sean necesariamente distintas y el país requiera equipos y artefactos para la labranza y no vehículos de lujo que en nada colaboran con el desarrollo económico.

Esta penalización *plana* donde se obvia tanto el daño económico como el fiscal y donde lo único que se toma en cuenta es el valor de los efectos, parece no tener asidero lógico alguno. Igualar mercancías sujetas a elevadas tarifas arancelarias con las que tienen tarifas mínimas de orden estadístico, es tan grave como reconocer que los impuestos aduaneros se aplican al voleo y que tan agresiva al bien común resulta la internación ilegal de mercaderías industrial y económicamente inocuas, como las que quiebran empresas, aumentan el desempleo y extienden la pobreza.

El párrafo único del artículo 108 impone un comentario. Allí se dice que en los casos de mercancías exentas o exoneradas de gravámenes o libres de impuestos de conformidad con lo previsto en el Arancel de Aduanas o liberadas en el marco de trata-

³⁹OEA/BID. *Modelo de Código Tributario para América Latina*. Pag. 74.

dos o convenios internacionales, etc., la multa aplicable será equivalente al valor en aduanas de las mercancías.

Del texto se desprende que el redactor de la reforma consideró que la cualidad de exentas de las mercancías es inmanente a ellas, que es una característica que les es propia de pleno derecho. Según este criterio, tendremos harina de trigo exenta, automóviles exentos, balones de fútbol exentos, etc. etc. Nada más falso. Ninguna mercancía está exenta por naturaleza, pues tal condición se la confiere el carácter especial del importador o –más apropiadamente– del consignatario que las acepte. Están exentos del pago de gravámenes aduaneros los efectos pertenecientes al Presidente de la República, en los términos señalados en el segundo párrafo del artículo 30 de la Ley Orgánica de Aduanas. Igual condición tienen las mercancías propiedad de institutos autónomos cuya ley de creación les otorgue la exención de gravámenes aduaneros; igual beneficio en lo que se refiere a impuestos reciben los importadores ubicados en zonas, puertos, almacenes libres o francos y digo importadores para recordar que tanto exenciones como exoneraciones operan en beneficio del sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria y no los bienes, los cuales jamás pueden ser sujetos de obligaciones ni de derechos.

¿Pueden existir mercancías contrabandeadas y exoneradas? Ello no es posible en los casos de introducción o extracción subrepticia por lugares no habilitados, pues aun cuando en manos del contrabandista repose una orden de exoneración que pudiera aplicarse a los efectos objeto del delito, la ausencia de causación de los gravámenes aduaneros produce –fatalmente– inexistencia de deuda para con el Fisco, por lo que nada habría que exonerar.

Como punto previo e indispensable y a riesgo de incurrir en perogrullada, es necesario puntualizar que mercancías exoneradas son aquellas a las que se les ha aplicado una orden de exoneración en virtud de una promesa previamente hecha en tal sentido por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Hacienda. También es bueno señalar que la aplicación de la exoneración requiere –necesariamente– que se hayan determinado los tributos causados y que la deuda sea líquida, es decir, que su cuantía sea cierta.

Pero ¿Qué sucede en los casos en que las mercancías llegan a una aduana habilitada para la operación de que se trate y es allí donde se comete el contrabando? Lo primero que tenemos que revisar es cuál es el literal del artículo 105 aplicable a la conducta

del delincuente. Si el contrabando se comete mediante fraude documental, el momento consumativo del delito sería el de la presentación ante la aduana del documento irregular. Consumado el delito, todo lo actuado con posterioridad es nulo, pues el procedimiento legalmente establecido para estos casos no es el propio de una operación aduanera, si no el que corresponde a los casos de contrabando. Así, el pronunciamiento de la aduana en el sentido de aplicar la orden de exoneración y permitir el levante de las mercancías sería nulo de nulidad absoluta, pues tales decisiones estarían siendo dictadas con prescindencia total y absoluta del procedimiento *legalmente* establecido.⁴⁰

El legislador utilizó un ingenioso artificio para agravar las penas cuando las mercancías contrabandeadas sean de operación aduanera prohibida, reservada a la Nación o sometida a otras restricciones condicionantes de su introducción o extracción: aumentó en un cincuenta por ciento (50%) el valor en aduanas de dichos efectos. De esta manera, una vez determinado el valor normal mediante la aplicación de las reglas de valoración aduanera, se aplica la ficción de que las mercaderías valen un cincuenta por ciento más; con ello, la pena pecuniaria establecida en el artículo 108 resultará incrementada.

El reformador incurrió en evidente error al redactar el artículo 109, al decir: «Cuando la operación aduanera relativa a las mercancías objeto de contrabando estuvieren sometidas a *prohibición, reserva*, suspensión, restricción, registro sanitario, o cualquier otro requisito arancelario condicionante de su introducción o extracción, el valor en aduana señalado en el artículo anterior será incrementado, a los fines del cálculo de la multa, en un cincuenta por ciento (50%).»

«En el caso de mercancías sujetas a *prohibición o reserva*, el valor en aduanas será incrementado, a los fines del cálculo de la multa, en un doscientos por ciento (200%).» Preguntemos: ¿El valor de las mercancías cuya operación aduanera se encuentre prohibida o reservada, deberá sufrir un incremento del cincuenta o del doscientos por ciento?.

Embargo y devolución de mercancías

Es obvio que el embargo de mercancías que autoriza el artículo 322 de la Ley Orgánica de la hacienda Pública Nacional, es una limitación al derecho de propiedad constitucionalmente consagrado y constituye una medida de aseguramiento de bienes sobre los cuales pudiera recaer pena de comiso por aplicación del artículo 110 de la Ley Orgánica de Aduanas.

⁴⁰ Ver el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Con el advenimiento del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y su artículo 319, se discute si los fiscales del Ministerio Público y los jueces de control pueden entregar u ordenar la entrega de mercancías embargadas de conformidad con el referido artículo 322.

Para abordar cualquier caso concreto, debe determinarse –antes de entrar en cualquier otra consideración– si las mercancías constituyen el objeto material del delito. De ser así, la medida de aseguramiento debe mantenerse, pues caso contrario se corre el riesgo de que sea imposible aplicar el comiso y, por tanto, el fin último del contrabandista sería coronado por el éxito.

Cuando –por el contrario– las mercancías no sean el objeto material del delito, como sucede, por ejemplo, cuando se comete el contrabando tipificado en el literal h) de la Ley Orgánica de Aduanas, ellas no son imprescindibles para la investigación ni están sujetas a comiso y deben ser entregadas a la brevedad posible a quien muestre título de propietario. Esta titularidad debe probarse, preferentemente, mediante la exhibición del original del conocimiento de embarque, guía aérea o guía de encomienda, según sea el caso; a falta de estos documentos que prueban la propiedad a efectos aduaneros, pudieran admitirse otros, previa presentación de la garantía a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Por el contrario, cuando las mercancías sean el objeto material del delito, como ocurre cuando se comete el contrabando tipificado en el literal g) del artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, las mercancías no deben entregarse, pues uno de los asuntos sustanciales a dilucidar durante el juicio es el comiso de los bienes, lo cual les confiere carácter de imprescindibles y los coloca al margen de la aplicación del mencionado artículo 319.

Entregar mercancías decomisables resultaría tan absurdo como devolver al ladrón las mercancías robadas o al estafador lo obtenido mediante su delito. El artículo 320 del Código Orgánico Procesal Penal sirve de referencia para apuntalar este criterio, pues no es simple coincidencia que las cosas robadas o estafadas son siempre el objeto material del delito y, por ende, no pueden ser entregadas al delincuente.