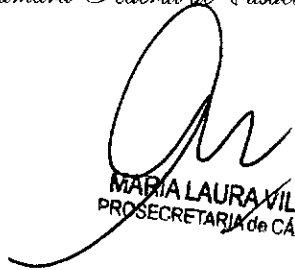




Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº CPE 571/2013
"Gabellieri, Francisco s/ recurso
de casación"


MARIA LAURA VILELA
PROSECRETARIA de CÁMARA

Registro nro.: 989/17
LEX nro.:

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los **Tres** días del mes de **Agosto** del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la doctora Angela Ester Ledesma como presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Carlos Alberto Mahiques como vocales, asistidos por la Prosecretaria de Cámara, doctora María Laura Vilela, a los efectos de resolver en la causa CPE 571/2013 del registro de esta Sala, caratulada "Gabellieri, Francisco s/ recurso de casación", con la intervención del señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y del doctor Rolando Diego Carbone por la defensa del imputado.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Mahiques y Slokar.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 159/164 por el fiscal general contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2013 (ver fs. 152/153) dictada por la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de esta ciudad, que dispuso "I) CONFIRMAR la resolución apelada por el ministerio fiscal en cuanto dispone el sobreseimiento de Francisco Gabellieri"

El recurso fue concedido a fs. 166 y mantenido a fs. 171.

Con fecha 6 de marzo de 2014 se celebró la audiencia que prescribe el artículo 468 del CPPN y el 7 de abril de ese año esta Sala resolvió declarar inadmisibile el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal quien interpuso recurso extraordinario. Dicha vía fue rechazada, lo que motivó la presentación directa ante el Máximo Tribunal que, con fecha 7 de junio de 2007 hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó el fallo apelado.

Devueltas las actuaciones a este Tribunal, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

Con invocación del artículo 456 del CPPN, el recurrente se agravió de la decisión mediante la cual los jueces confirmaron el sobreseimiento del imputado por entender que no se daban los supuestos típicos del artículo 864 del Código Aduanero.

Alegó que el artículo 9 de dicha norma señala en su apartado 2 que la exportación es la extracción de cualquier mercadería del territorio aduanero y el artículo 10 marca un concepto omnicomprendivo de las divisas de países extranjeros.

Aseguró que "para la legislación aduanera reviste el carácter de mercadería todo objeto susceptible de ser importado o exportado, que se individualiza y clasifica de acuerdo a la nomenclatura establecida por la Convención de Cooperación Aduanera de Bruselas (arts. 10, 11 y cctes. del Código Aduanero)" (fs. 161 vta.)

Sostuvo que "llevar consigo, con la intención de salir del país, una suma de dinero que exceda lo permitido, omitiendo dar cuenta de ello a las autoridades, implica una clara sustracción del control aduanero sin necesidad de que se verifique la ocultación de la mercadería" (fs. 163)

Refirió que "en el contexto que aquí se analiza, en el cual el pasajero en viaje que porta dinero lo hace



razonablemente en forma no ostentosa ni evidente (v.g. por razones de seguridad), el sólo hecho de no acudir a la autoridad aduanera para efectuar una manifestación espontánea, encuadraría en la sustracción al control" (fs. 163 vta.)

Respecto del argumento del Tribunal referente a que el imputado se sometió a la revisión y respondió inmediatamente al requerimiento del funcionario, señaló que para la configuración del delito previsto en el artículo 864, CA, no se requiere que el sujeto activo resista la actuación de la autoridad.

Solicitó que se haga lugar a la vía intentada y que se resuelva la cuestión con arreglo a lo expresado.

-III-

a. Previo a todo, cabe resaltar que la nueva intervención de esta Sala se produce a raíz de la decisión del Máximo Tribunal de fecha 7 de junio de 2016 que revocó el fallo que declaraba inadmisibile el recurso fiscal interpuesto.

Para así resolver, el cimero Tribunal hizo suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal quien sostuvo:

"Pienso que asiste razón al recurrente en que aquello que estaba en discusión en el caso era la interpretación del contenido y alcance de normas federales, como son las que tipifican y reprimen el delito de contrabando previsto en los artículos 863 y siguientes del Código Aduanero (Fallos 311:373, 312:1920, 316:2797; 323:3426, entre muchos otros)" (fs. 271 vta.)

Y añadió el Procurador General que "de las constancias del legajo se desprende que la cuestión reside en saber si el tipo del artículo 864, inciso 'a' de ese cuerpo legal que reprime a 'el que importare o exportare mercadería

en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos se aplica también a los casos de pasajeros que son sorprendidos por el servicio aduanero intentando sacar dinero extranjero del país por encima del límite permitido por las normas vigentes en la materia, en las circunstancias comprobadas en el caso". (fs. 271 vta. y 272)

Sobre tales consideraciones, en el dictamen del Procurador se afirmó que "no cabe duda de que era aplicable al *sub lite* la doctrina tantas veces mencionada, del caso 'Di Nunzio', en el que V.E. estableció que siempre que, en el ámbito de la justicia penal nacional, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia extraordinaria de la Corte, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su condición de tribunal intermedio, constituyéndose de esta forma en el tribunal superior de la causa a los efectos del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 328:1108)" (fs. 272)

Finalmente, concluyó que "carece por ello de relevancia —como bien señaló el apelante— que la cuestión haya sido debatida y resuelta en sentido concordante en dos instancias judiciales previas, pues esto no eximía al *a quo* de tener que tomar intervención en el caso. Esto significa que este argumento tampoco podía sustentar el rechazo de la vía recursiva intentada. Y la misma descalificación merece el fallo en lo que atañe a la falta de demostración de arbitrariedad en la argumentación del tribunal que reprocha el *a quo* al fiscal, si lo que estaba en discusión era una cuestión federal simple, en los términos del artículo 14, inciso 3, de la ley 48, como lo es la interpretación del contenido y alcance del artículo 864, inciso 'a' que se acaba


MARIA LAURA VILELA
PROSECRETARIA de CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº CPE 571/2013
"Gabellieri, Francisco s/ recurso
de casación"

de mencionar" (fs. 272)

A partir de tales consideraciones, mantuvo la queja interpuesta por el doctor Ricardo Gustavo Wechsler; que finalmente —como se dijo— fue favorablemente acogida por la Corte Suprema.

b. Sentado lo expuesto, habré de dar tratamiento al recurso fiscal según el marco delimitado por el cimero Tribunal referente a si el dinero puede ser considerado mercadería en los términos del Código Aduanero.

Para ello, cabe recordar que, según el artículo 10, CA (ley 22.415), es mercadería "todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado. Se consideran igualmente —a los fines de este Código— como si se tratara de mercadería: a) las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios; b) los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual." (Artículo sustituido por art. 8º inciso b de la ley 25.063, B.O. 30/12/1998).

Por su parte, el artículo 11, CA, establece que "En las normas que se dictaren para regular el tráfico internacional de mercadería, ésta se individualizará y clasificará de acuerdo con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, establecido por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera, en Bruselas, con fecha 14 de junio de 1983 y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus Notas Explicativas.

2. El Poder Ejecutivo por conducto de la Subsecretaría de Finanzas Públicas, mantendrá permanentemente actualizadas las versiones vigentes en la República, del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías y de sus Notas Explicativas, a medida que el Consejo de Cooperación Aduanera modificare sus textos oficiales. (*Artículo sustituido por art. 2° de la ley 24.206 B.O. 6/8/1993*)

Ahora bien, el dinero puede definirse como cualquier medio de cambio generalmente aceptado para el pago de bienes y servicios y la amortización de deudas (Vicente, Eduardo Javier, El dinero como objeto del delito de contrabando, Revista de Estudios aduaneros, nro. 13, Buenos Aires, 2001-2002, nro. 15, p. 125/128.)

En ese sentido, entiendo que las divisas no pueden ser consideradas como mercadería en los términos del art. 10 del CA. Ello así en virtud de su carácter de medio de cambio, unidad de medida y reserva de valor, de acuerdo a la doctrina antes citada.

En relación al Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (aprobado por ley 24.206), los "billetes de banco" trasportados por un particular sin uso comercial tampoco puedan ser considerados mercadería en función del artículo 11, CA.

Al respecto, se sostiene que "la incorporación del dinero en la partida 49:07 al nomenclador no resulta determinante para considerarlo mercadería, por cuanto a esos fines debe tenerse en cuenta su 'verdadera esencia', tratándose de su carácter de medida de cambio, unidad de medida y reserva de valor. Asimismo, el dinero por definición no es mercadería toda vez que no es susceptible de convertirse en objeto de transacciones comerciales y considerarlo de esa forma llevaría al absurdo de poder gravar (con tributación aduanera) su posible importación o de generar reintegro frente



a su exportación. También se afirma que el ingreso o egreso de dinero en forma subrepticia no puede constituir infracción aduanera toda vez que debe ser encuadrado bajo el régimen jurídico que regula el funcionamiento de las entidades financieras" (Vicente, Eduardo Javier, El dinero como objeto del delito de contrabando, Revista de Estudios aduaneros, nro. 13, Buenos Aires, 2001-2002, nro. 15, p. 125/128.)

Cabe destacar que del Preámbulo de dicho Convenio Internacional surge que está dirigido al comercio internacional de mercaderías y, en consecuencia, la remisión del artículo 11, CA, supone también una alusión a mercaderías que pueden ser comercializadas internacionalmente, lo que no sucede con el caso en tratamiento, en el cual nos encontramos frente a un pasajero que es sorprendido por el servicio aduanero con dinero que excede el límite permitido por las reglamentaciones vigentes. Claramente se trata de supuestos distintos y su extensión no puede admitirse a riesgo de lesionar el principio de legalidad.

En estas condiciones, la indicación a los "billetes de banco" (capítulo 49 del nomenclador) como mercadería, está asociada a los actos comerciales; extremo que no se verifica en el particular.

Sobre este punto, se ha sostenido que "cuando el capítulo 49 del Nomenclador se refiere a 'billetes de Banco' como mercaderías aduaneras los mismos necesariamente deben estar referidos a actos comerciales. Así, la nota explicativa del citado capítulo 49/07 —obligatoria por lo demás para la interpretación jurídica del Nomenclador— aclara que los billetes de banco referidos se clasifican en la presente partida cuando se presentan en cantidades comerciales —generalmente por los organismos emisores (estados o bancos

autorizados)-. Si ello es así, resulta claro que los billetes de banco sólo serán mercaderías para el nomenclador aludido cuando determinadas entidades o sujetos autorizados los exporten o importen en cantidades comerciales. A contrario sensu, queda desechado en el nomenclador el billete de banco como mercadería cuando el exportador o importador no es una entidad autorizada ni las sumas del caso constituyan cantidades comerciales. En ese sentido, no resulta ciertamente razonable sostener que una suma superior a u\$s10.000 por un simple pasajero constituya 'una cantidad comercial' (TOPE 2, causa CPE 451/2014/2631) caratulada "Márquez, Jorge Marcelo s/ contrabando" 18 de septiembre de 2015).

Así, los "billetes de banco" a los que alude el Nomenclador sólo se refieren al uso comercial y no puede aplicarse tal clasificación a los supuestos de pasajeros particulares que no le den ese uso; cuando ello no está expresamente indicado en las normas.

c. Pero además, cabe citar la posición que al respecto ha desarrollado el doctor Hendler al afirmar que "la equiparación del dinero a una mercancía supone una perspectiva anacrónica. Lleva a retrotraerse a economías primitivas basadas en el trueque. Tal vez podría hallarse parangón en el empleo como moneda de metales preciosos o bien en el sistema monetario basado en el patrón oro que tuvo vigencia en el siglo XIX y que fue abandonado en el siglo XX al estallar la primera guerra mundial y que quedó finalmente descartado con las medidas económicas adoptadas por los Estados Unidos en 1971. Hoy en día todas las naciones del mundo emplean dinero fiduciario." (del voto del doctor Hendler en la causa CPE 20/2017/2/CA1 "Legajo de apelación en M.C. s/ infracción ley 22.415 en tentativa", del 15 de marzo de 2017, registro 84/17)

En efecto, el dinero mercancía es aquél cuyo valor proviene del bien del cual se encuentra compuesto, tal sería



el caso -a través de la historia- del oro, la plata, el cobre, la pimienta, la sal, etc.

Sin embargo, durante la primera mitad del siglo XX el dinero fue perdiendo ese valor como mercancía y su respaldo en oro para transformarse en un elemento fiduciario, sin valor intrínseco, pero con valor propio.

Precisamente, con los acuerdos de Bretton Woods (1944) se cambió el patrón hacia el dólar estadounidense como divisa internacional bajo el sostenimiento del patrón oro. Pero en 1971, el valor dólar pasó a sostenerse exclusivamente en la confianza de sus poseedores. En este momento, se cancelaron unilateralmente dichos acuerdos de Bretton Woods con la derogación del patrón oro mediante el implemento del fin de la convertibilidad directa del dólar americano con respecto al oro (Hetzl, Robert, L., *The Monetary Policy of the Federal Reserve: A History*. Cambridge University Press, 2008, trad. "La política monetaria de la reserva federal: una historia").

Por ello, el dinero mercancía no puede equipararse al dinero fiduciario, entendido por el que se basa en la fé o la confianza de la comunidad y que no se respalda por metales preciosos ni nada que no sea una promesa de pago por parte de la entidad emisora. Este es el modelo que manejamos actualmente en el mundo y es el del dólar estadounidense, el euro y todas las otras monedas de reserva" (Scheurer, Vincent, "Can our current system of fiat money survive in the long term" en *The Motley Fool. The magic money*, 1 de julio de 2011, trad. "Puede nuestro sistema actual de dinero fiduciario sobrevivir en el largo plazo, en *El tonto abigarrado. Dinero mágico*")

En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que el

dinero carece de valor intrínseco como mercancía y que en la actualidad tiene carácter fiduciario, entiendo que, también desde este punto de vista, no corresponde equiparar el dinero a la mercadería, pues ello implicaría asumir una posición ya superada desde el punto de vista económico y sin perjuicio de las otras objeciones de orden normativo expuestas en el punto anterior.

A mi entender, esta es la interpretación más afín con los principios de legalidad, *ultima ratio* y *pro homine*, pues a falta de una estricta regulación que no deje margen de dudas, la solución correcta es la de efectuar una interpretación *in bonam parte*.

Ello es así, pues la cuestión debe analizarse de manera restrictiva, tal como lo exige el principio de legalidad que prohíbe la interpretación analógica o extensiva de los tipos penales (Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal", Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 132/133).

Como es sabido, el principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen sine lege*) es una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., al respecto, entre otros, Schünemann, Bernd: *Nulla poena sine lege?*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, p.4 y ss.; Roxin, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3° edición Beck, München, 1997, p. 98 y Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, parte general*, 5° edición, Reppertor, Barcelona, 2000, p.78).

De esta manera se receptan tanto, el axioma de mera legalidad que exige una ley como condición necesaria de la pena y del delito, como "(...) el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (...) la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la



existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes" (Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 95)

De lo expuesto, se puede concluir que constituye, entonces, una garantía constitucional de primer grado. Ello así, en razón de que se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de los ciudadanos (Bacigalupo, Enrique: *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 48).

Es así que, cualquier interpretación que se pretenda de una norma penal debe ser la más fiel y estricta del texto legal pues, como señala Christian Jäger, "(c)uando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida" (*Problemas fundamentales del derecho penal*, traducido por Enrique Díaz-Aranda en "Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal" Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 34).

Además, tampoco debe perderse de vista que, especialmente en materia penal, tiene una importancia relevante el principio *pro homine*. Éste ha sido conceptualizado como "(...) un criterio hermenéutico (...) en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer

derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones (...)" (Pinto, Mónica: *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos* en AAVV "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163).

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que no surge de manera expresa de los textos legales que el dinero pueda quedar incluido dentro de la categoría de mercadería a la que alude el Código Aduanero. Es más, conforme la postura que aquí se sostiene, existe una interpretación más beneficiosa de las normas que es consustancial con los principios de orden superior antes mencionados; motivo por el cual debe ser de aplicación al caso.

En consecuencia, el dinero como instrumento representativo de valor, no constituye mercadería susceptible de ser importada o exportada, a menos que se refiera a ventas y compras de billetes realizadas por entidades emisoras.

d. Pero además, entiendo que corresponde efectuar otras consideraciones vinculadas con la conducta reprochada:

En primer lugar, interesa recordar que el contrabando de divisas implica necesariamente la importación o exportación de montos superiores a diez mil dólares o su equivalente en otras monedas. Sin embargo, es importante subrayar que ese límite surge de reglamentaciones de orden administrativo.

Puntualmente, el art. 7 del Decreto P.E.N. 1570/2001 del 1/12/01 (texto según Decreto P.E.N. nro. 1606/2001) regula que: *"Prohíbese la exportación de billetes y monedas extranjeras y metales preciosos amonedados, salvo que se realicen a través de entidades sujetas a la SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS y previamente*



autorizadas por el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, o sean inferiores a DOLARES ESTADOUNIDENSES UN DIEZ MIL (U\$S 10.000) o su equivalente en otras monedas, al tipo de cambio vendedor del BANCO DE LA NACION ARGENTINA".

Por su parte, la Resolución General nro. 2705 de la AFIP/DGA del 5/11/09, regula el control del transporte transfronterizo del dinero en efectivo. Esta norma establece que "El egreso de dinero en efectivo y cheques de viajero en moneda extranjera y de metales preciosos amonedados del territorio argentino, mediante los regímenes de equipaje y pacotilla, podrá efectuarse únicamente cuando su valor sea inferior a DIEZ MIL DOLARES ESTADOUNIDENSES (U\$S 10.000) o su equivalente en otras monedas" (cfr. art. 1 de la R.G. 2705).

La norma también fijó que los importes superiores a diez mil dólares estadounidenses sólo pueden egresar del país a través de entidades financieras y si dicho egreso se realiza bajo el régimen de equipaje, y por un valor superior al indicado, existe la obligación de efectuar una declaración jurada ante el servicio aduanero.

De lo dicho se advierte, en definitiva, más allá de las consideraciones antedichas en punto a que el dinero no puede ser considerado mercadería, que uno de los aspectos esenciales que hacen a la tipicidad de la conducta se basa en un límite monetario fijado discrecionalmente por la autoridad administrativa a través de una reglamentación.

Así pues, corresponde que nos preguntemos porqué el bien jurídico se ve afectado a partir de determinada suma y no así en cantidades inferiores. Si un viajero lleva menos de u\$S 10.000, como no existe obligación de declararlo, aún cuando hubiera ocultación, no se configura el delito y, superado ese monto, sólo sobre la base de dicha reglamentación

administrativa, estaría incurso en el delito de contrabando. Claramente esta posición vulnera el principio de legalidad en tanto implica la superposición de normas de distintos niveles (el delito aduanero y la infracción cambiaria).

Al respecto, se ha dicho que "El artículo 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables. Tal requisito constitucional no se satisface con la existencia de una norma general previa, sino que ésta debe emanar de quien está investido del poder legislativo" (CSJN, "Legumbres", Fallos 312:1920)

Y que "Es inadmisibile que el poder que tiene la facultad de legislar delegue en el ejecutivo la facultad de establecer sanciones penales por vía de reglamentación de las leyes dictadas por aquél..." (del fallo "Legumbres" citado)

En el caso, el monto a partir del cual la conducta se considera punible, no surge de una ley emanada del Congreso; sino de reglamentaciones de diferentes autoridades estatales.

De modo que, al argumento antes señalado vinculado con la imposibilidad de extender el término "mercadería" al dinero sobre la base de interpretaciones que pretenden ampliar la ley penal, se agrega un impedimento más también asociado con la legalidad, esto es, que una imputación por contrabando no puede basarse en un presupuesto ajeno a la norma penal que surge de una norma de distinto nivel.

e. Relacionado con lo anterior, también interesa analizar los fundamentos que motivaron el dictado de las reglamentaciones que se pretenden hacer valer para "completar" el tipo penal; pues se advierte que, además de los vicios señalados en los acápites anteriores, estas normas tienden a resguardar intereses jurídicos distintos a los que tutela el delito de contrabando.



Conforme quedó expuesto más arriba, la prohibición de exportar monedas extranjeras surge del Decreto del PEN 1570/01 y de la Resolución AFIP 2705/09.

El Decreto 1570/01 alude a la necesidad de adoptar medidas de emergencia para la economía en razón de la inestabilidad existente en ese momento; la falta de recursos financieros y la afectación de los niveles de la actividad económica.

Por ello, en los considerandos del Decreto 1570/01 se precisó que el Poder Ejecutivo tenía las facultades para establecer prohibiciones a las exportaciones.

En el artículo 7 se dispuso la prohibición de exportar billetes y monedas extranjeras y metales preciosos amonedados salvo que se realicen a través de entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, previamente autorizadas por el Banco Central de la República Argentina o sean inferiores a mil dólares (u\$s 1.000) o su equivalente.

También la norma fijó que la autoridad de aplicación es el Banco Central de la República Argentina.

Por su parte, el Decreto 1601/01 también aludió a la política económica y financiera y modificó el monto máximo de exportaciones de billetes y monedas extranjeras, en este caso, inferiores a u\$s 10.000.

Asimismo, en los considerandos de la Resolución 2705/09 de la AFIP del 5 de noviembre de 2009, que reitera dichos topes, se afirmó que dicho organismo participó en la "Agenda Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo", aprobada por decreto 1225/ del 11 de septiembre de 2007.

En dicha Resolución se estableció que "en

concordancia con el objetivo 20, Meta 2 de dicha agenda nacional corresponde adoptar medidas para optimizar el control del transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo. Que en ese sentido se ha desarrollado el sistema Ingreso y Egreso de Valores..." (Cfr. considerados de la mencionada resolución 2705/09)

La Meta 2 consiste en "Desarrollar, con el fin de detectar el transporte físico transfronterizo de divisas (personas físicas), un aplicativo que permita la captura sistemática de datos, en tiempo real y online entre todas las aduanas del país a los efectos de crear una base de datos que permita interpolar la información sobre ingreso/egreso de divisas que recibe el servicio aduanero"

Conforme se advierte, las normas citadas, se refieren a políticas de naturaleza cambiaria o fiscal o de lucha contra el lavado de activos. Por ello, su incumplimiento debe quedar circunscripto a las infracciones cambiarias, impositivas o eventualmente, a la posible comisión del delito de lavado de dinero. El hecho de que el órgano encargado de fiscalizar dichas exportaciones sea el Servicio Aduanero, no convierte a la conducta en el delito de contrabando, cuyo bien jurídico protegido difiere del de esas reglamentaciones.

Si bien por razones prácticas, el Estado ha encomendado a la autoridad aduanera dicho control sobre las exportaciones, lo cierto es que la reglamentación se refiere a políticas de orden cambiario o fiscal, y en modo alguno puede hacerse extensivo a un tipo penal cuyo bien jurídico protegido difiere sustancialmente.

Al respecto, tiene dicho la CSJN que "el legislador ha concebido el delito de contrabando como todo acto u omisión tendiente a sustraer mercaderías y efectos a la intervención aduanera, frustrando con tales conductas el adecuado ejercicio de las funciones legales del servicio aduanero" (Fallos



312:1920).

Esencialmente, el hecho de que se hayan delegado en el servicio aduanero funciones del Banco Central, no transformó el control de cambios o el posible lavado de activos en el delito de contrabando. Entonces, la delegación de tal control no puede ampliar o modificar el bien jurídico protegido por el legislador en cada tipo penal.

Al respecto, se ha dicho que "la correlación entre sanción y bien jurídico es la que, con fundamento en la proscripción de analogía, permite fundar la prohibición de que, so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos que los que el legislador ha querido proteger" (Fallos 312:1920)

En este caso, el control de cambios no está comprendido en el bien jurídico que tutela el delito de contrabando; extremo que ya ha sido afirmado por el Máximo Tribunal en el fallo "Legumbres" (Fallos 312:1920) ya citado.

En efecto, en dicho precedente, el Máximo Tribunal entendió que "La delegación en la aduana de cualquier función de policía económica no puede constituir a la actividad que se delega en una actividad 'aduanera'..." (Fallos 312:1920)

Y que "el hecho de que por razones prácticas el órgano que ejerce el control de cambios lo haya delegado parcialmente en otro organismo de la administración mediante un acto administrativo, no puede tener la virtualidad para cambiar la naturaleza del control que se ejerce y que está en la base de los bienes jurídicos que pretende proteger el derecho penal cambiario" (Fallos 312:1920)

Y también, con toda claridad se afirmó en dicho precedente que "sólo aquellas funciones específicas de la actividad aduanera pueden ser tenidas en cuenta para la

integración del tipo del art. 863 del Código Aduanero. Esta comprensión excluye cualquier interpretación formal que pretenda que constituye contrabando toda infracción al control aduanero, por el sólo hecho de que ese control le haya sido atribuido por una norma general" (Fallos 312:1920)

De modo que en el caso, para sostener la imputación de contrabando de divisas se parte de dos normas que vienen a "completar" el tipo penal y que protegen otros bienes jurídicos.

En palabras de la Corte Suprema, debe recurrirse a una interpretación "formal" para lograr extender el tipo penal de contrabando hacia toda infracción al control aduanero, aún cuando los intereses y bienes jurídicos sobre los cuales se basa dicha infracción no tengan vinculación con el bien jurídico protegido por la norma penal.

En suma, al analizar el caso, observo que la imputación de contrabando por exportación de divisas supone: una interpretación extensiva del término mercadería por fuera de la taxatividad exigida constitucionalmente; la lesión del principio de legalidad por cuanto la norma penal debe "completarse" a través de normas que no fueron dictadas por el Congreso sino que emanan de la autoridad administrativa y, finalmente, una lesión al principio de lesividad pues los bienes jurídicos resguardados a través de dichas reglamentaciones difieren de los que protege el delito de contrabando. Todo ello, sin soslayar que las infracciones mencionadas tienen su origen en una coyuntura económica de emergencia del año 2001.

Entonces bien, entiendo que este tipo de conductas deberían canalizarse en el ámbito administrativo como infracciones o bien, dar lugar al despliegue de investigaciones inteligentes y estratégicas que tiendan a sancionar el delito de lavado de activos, de conformidad con



los compromisos que ha asumido nuestro país en orden a esta materia (Argentina es signataria de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley N° 24.072); Convención Interamericana contra el Terrorismo (Ley N° 26.023); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Ley N° 26.024); Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley N° 25.632) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley N° 26.097) y es miembro pleno del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT).

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (artículos 456, 470, 532 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez **Carlos A. Mahiques** dijo:

1. Considero que el recurso interpuesto es inadmisibile en tanto el recurrente no introdujo argumentos ni una crítica razonada que logre conmovier la decisión adoptada por la cámara de origen y sólo evidencia una discrepancia con la solución brindada en las anteriores instancias. En el caso, el a quo confirmó el sobreseimiento dictado respecto de Francisco Gabellieri al considerarse atípica su conducta.

Tampoco ha demostrado el impugnante la existencia de una cuestión federal que permita habilitar la competencia de esta Cámara de Casación como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108); sin que se viera de ningún modo afectada la garantía del "doble conforme" que fue aquí

verificado a través del recurso de apelación, en cumplimiento a las previsiones de los arts. 8.2.h) de la CADH y 14.5 del PIDCyP.

Ello no obstante, y atento lo que surge de la citada doctrina judicial del máximo tribunal, corresponde que ingrese en el tratamiento de los agravios planteados por el recurrente.

2. Cumple, en primer término, tener por demostrado en las actuaciones que el 11 de mayo de 2013, el imputado Francisco Gabellieri procuró llevar consigo fuera del país la suma de veintisiete mil ochocientos setenta dólares (U\$S 27.870) sin realizar la correspondiente declaración jurada. El nombrado, momentos antes de abordar un vuelo que partía desde el Aeropuerto Jorge Newbery de esta ciudad con destino a Montevideo, Uruguay, se sometió al control de seguridad instalado en la zona de preembarque internacional, colocando sus pertenencias en la cinta transportadora para que pasen por la máquina de rayos X; traspasado el arco detector de metales y preguntado por cierto material orgánico detectado en su equipaje de mano, manifestó espontáneamente que se trataba de "un sobre con dieciocho mil dólares aproximadamente" (cfr. acta de fs. 1/3). Por ese motivo, los preventores procedieron a la requisa del equipaje de Gabellieri, hallando dentro del bolso un sobre conteniendo dieciocho mil cuatrocientos dólares (U\$S 18.400) y en la billetera que el nombrado llevaba en el bolsillo trasero de su pantalón, otros nueve mil cuatrocientos setenta dólares (U\$S 9.470).

Conforme surge del acta de declaración indagatoria de fs. 104/106, el hecho fue provisoriamente calificado como contrabando en grado de tentativa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 864 inc. d), 871 y 886 inc. 1º del Código Aduanero y las previsiones de la resolución general de AFIP nº 2705/09, complementaria de los decretos nº 1570/01 y



1606/01.

El juez de primera instancia resolvió sobreseer a Gabellieri por considerar que el hecho reprochado no constituye delito (fs. 107/113). En ese sentido, estimó que el imputado no habría realizado acción idónea alguna tendiente a ocultar con ardid el transporte de la mercadería, de modo que la autoridad de control no pudiera advertirlo, tal como exige la figura típica.

Asimismo, ordenó la extracción de testimonios, a los efectos de ser remitidos a la AFIP para que diera curso a una investigación por infracción aduanera.

Contra dicha decisión, interpuso recurso de apelación la señora fiscal, sobre la base de que los hechos investigados encuentran adecuación típica en el art. 864 inc. d) del CA (fs. 120/126). Señaló que en el presente caso medió el ocultamiento para impedir el debido control aduanero que exige el tipo penal, ya que el dinero no fue puesto a la vista de las fuerzas de seguridad, sino que permanecía oculto en el interior del bolsillo trasero de su pantalón y dentro del equipaje de mano que llevaba consigo.

Argumentó que la circunstancia de que el Gabellieri haya manifestado que mostró sus pertenencias para la revisión del personal aduanero no descarta la voluntad de burlar el control -siendo este el elemento volitivo del dolo-, máxime cuando el reconocimiento del dinero fue consecuencia directa de la consulta policial por el material detectado a través del scanner, y a que nunca aclaró la cantidad total de divisas que portaba.

A tiempo de mantener el recurso ante la instancia, el señor fiscal general adujo que en el presente caso existió un engaño tendiente a sustraer la mercadería del control del

servicio aduanero, dado por la simple omisión de declarar el dinero portado, motivo por el que sostuvo que no debía descartarse el encuadre típico del art. 863 del CA.

La Cámara a quo confirmó la decisión del juez de primera instancia coincidiendo en que la conducta investigada resulta atípica (fs. 152/153). Consideró que no surge de las constancias de la causa sustracción al control de la autoridad aduanera, como prevé el art. 864 inc. a) del CA, ni que Gabellieri haya obrado con el ardid o engaño que exige el art. 863 del CA.

En esa línea argumental, precisó "...que Gabellieri se sometió a revisión y respondió inmediatamente al requerimiento del funcionario informándole del dinero que transportaba, el motivo y procedencia". Además, estimó que el dinero no puede ser considerado mercadería, es decir, objeto de contrabando.

Contra dicha resolución, el señor fiscal general interpuso el recurso de casación bajo estudio, cuyos agravios fueron reproducidos en el voto que antecede.

3. Son tres las calificaciones legales provisorias discutidas en este caso, previstas en el art. 863 y 864 del Código Aduanero referentes al contrabando simple. En primera instancia los hechos siempre fueron calificados -tanto por la *vendicta pública* como por el juez- como constitutivos del delito de contrabando simple por ocultamiento (art. 864, inc. d); y en alzada se seleccionó la figura genérica de contrabando (art. 863) y de contrabando clandestino (art. 864 inc. a).

Entre las mencionadas opciones que fijan el marco punitivo, el art. 863 reprime a quien "...por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y



exportaciones".

De otro lado, el art. 864 reprime a quien "importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos" (inc. a); y a quien "ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiera someterse a control aduanero, con motivo de su importación o exportación" (inc. d).

En el supuesto del contrabando lo protegido es el regular y adecuado ejercicio de las funciones de control del tráfico internacional de mercaderías asignada a la Aduana. Así, por vía del art. 863 se sanciona cualquier intento de impedir o dificultar dicho control, valiéndose de ardid o engaño para lograrlo. En el caso del art. 864 inc. a) se reprimen conductas dirigidas directamente a evitar al servicio aduanero con el fin de sustraerse por completo de su control; y a través del inc. d) cuando la autoridad aduanera tomó intervención, pero se intenta eludir o entorpecer el control mediante comportamientos tales como ocultar, disimular, sustituir o desviar.

En el caso, toda vez que Gabellieri se hizo presente en la zona de preembarque y se sometió a los controles de seguridad, tal como fue reseñado en el acta que da cuenta del procedimiento que dio inicio a las presentes actuaciones, no procede la aplicación del tipo penal del inc. a) del art. 864, porque no se verificó una conducta compatible con la intención de evitar la intervención del servicio aduanero.

Restaría entonces verificar si la conducta podría encuadrar en las previsiones de los arts. 863 u 864 inc. d) de

Código Aduanero.

Como anticipé, el art. 863, tipifica todo aquello que suponga impedir o dificultar el adecuado ejercicio de las funciones de la aduana en el control de importación o exportación de mercaderías, lo cual se puede llevar a cabo por cualquier acto u omisión cometidos mediante ardid o engaño.

Si bien la norma no hace referencia a la entidad o magnitud que debe revestir el ardid o engaño, al menos debe exhibir idoneidad suficiente para burlar el control aduanero y, o, presentar características tales que tornen difícil aquel control (cfr. CSJN, V.185. XXXIII, rta. el 9 de noviembre de 2000). Es decir que, en las particulares condiciones de cada caso, debe comprobarse objetivamente que la supervisión de la autoridad aduanera se tornó dificultosa, o resultó afectado el ejercicio de las funciones de control que funcionalmente le incumben.

En el indicado sentido, el legislador al analizar las previsiones del art. 864, inc. d), exigió que, en el supuesto de trato, el sujeto realice una "maniobra falaz", como ocultar o disimular la mercadería (conductas que aquí interesan), siempre con el objetivo de vulnerar el bien jurídico protegido.

Si bien es cierto que la figura de contrabando genérica del art. 863 del CA incluye expresamente el ardid o engaño, lo que no ocurre en el art. 864, las acciones descriptas en esta última norma conllevan igualmente cualidades propiamente engañosas.

Es que no se requiere que se trate de sofisticados mecanismos de simulación y ocultamiento, sino de que la conducta debe ser eficaz como para dificultar o impedir el control aduanero. No basta, entonces, con la simple omisión de declarar o la mera mentira para que se configure el tipo penal previsto en el inc. d), sino que sus alcances deben ser



analizados dentro del marco probatorio de cada caso en concreto.

En razón de lo expuesto, y en orden al modo que se desarrollaron los hechos, considero que la conducta de Gabellieri no se subordina a la norma del art. 863, ni tampoco a la modalidad prevista en el artículo 864, inciso d).

La circunstancia, señalada por la fiscalía, de que el imputado no hizo la declaración jurada correspondiente de las divisas que llevaba consigo o las puso a simple vista del funcionario de control, no impide que aquellas eran transportadas sin ocultamiento o disimulación dentro del equipaje de mano, que él mismo puso en la cimbra transportadora de la máquina de rayos x, y en un bolsillo de su pantalón dentro de la billetera. Además, al ser interrogado respecto a lo que llevaba en el equipaje de mano contestó con veracidad que se trataba de una suma aproximada de dieciocho mil dólares (U\$S 18.000), habiendo prestado colaboración cuando la autoridad aduanera se la requirió.

En consecuencia, a mi ver no ha logrado el recurrente refutar válidamente los argumentos del a quo en punto a que la conducta desplegada por Gabellieri no resultó eficaz ni revistió idoneidad suficiente como para impedir o dificultar el normal ejercicio del control aduanero que exigen los arts. 863 y 864 inc. d), por lo que el remedio intentado debe ser rechazado, sin costas.

El modo en que resuelvo la presente, me exime de pronunciarme respecto a los otros planteos efectuados por el representante del Ministerio Público Fiscal.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, en las particularidades del *sub lite*, adhiero a la solución propuesta por la distinguida colega que lleva la

voz, toda vez que la conducta en cuestión resulta atípica.

En efecto, maguer si las divisas pueden constituir objeto del delito de contrabando, lo cierto es que la sustracción del control aduanero requiere un medio ardidoso u ocultamiento, no siendo suficiente la mera omisión de declarar aquellos valores (cfr. Vidal Albarracín, Héctor Guillermo, "Delitos Aduaneros", Mave, Buenos Aires, 2004, p. 148), extremo que no se verifica en la especie.

De tal suerte, propongo al acuerdo rechazar el recurso interpuesto, sin costas.


Así doy mi voto.

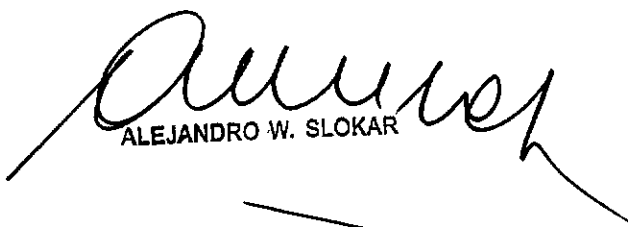
En mérito al resultado de la votación, el Tribunal,

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (artículos 456, 470, 532 y cc. del CPPN).

Regístrese, hágase saber, comuníquese y remítanse las actuaciones a su origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.


ANGELA ESTER ENCOVA


ALEJANDRO W. SLOKAR


CARLOS A. MAHIQUES

Atte ni : 
MARÍA LAURA VILELA
PROSECRETARIA de CÁMARA