

LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO

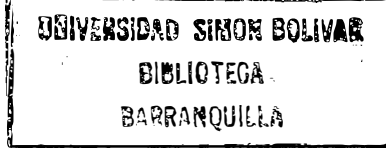
GILBERTO SANCHEZ BENITEZ

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Doctor en
Derecho y Ciencias Sociales.

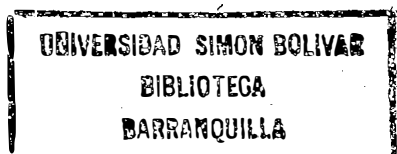
Director: Dr. Francisco Ja
vier Ramirez Zapata

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BARRANQUILLA, DICIEMBRE DE 1.985

4034524



DR #0982



UNIVERSIDAD SIMAC		BIBLIOTECAS	
BIBLIOTECAS			
CÓDIGO		4034524	
CÓDIGO		466	
0			
FECHA		25 FEB. 2008	
NÚMERO		DONACION	

T
364.133
8.2.11

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Diciembre de 1.985

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR

RECTOR:

Dr. José Consuegra Higgins

DECANO:

Dr. Rafael Bolaño

SECRETARIO:

Dr. Carlos LLanos

PRESIDENTE HONORARIO:

Dr. Roberto Vélez P.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

REGLAMENTO

ART: 83 "La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, las cuales deberán considerarse como propias de su autor"

La Facultad y los miembros del jurado de Tesis, sólo velarán porque no se publiquen ataques personales y únicamente brille la verdad

Francisco Javier Ramirez Zapata

ABOGADO
UNIVERSIDAD LIBRE

Barranquilla, Agosto 8 de 1.985.-

Doctor:

RAFAEL BOLAÑOS

Decano Facultad de Derecho

Universidad " Simon Bolivar"

E. S. D.

Acogiendo la resolución No. 0051 de 20 de Marzo del presente año, por la cual fui designado director de tesis del egresado GILBERTO SANCHEZ BENITEZ, me permito emitir concepto correspondiente al trabajo titulado " LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE CONTRABANDO" .

Revisado y analizado el presente trabajo, su originalidad, la temática tratada, su secuencia y su bibliografía tomada como base, son fundamentos de aceptación, por lo tanto manifiesto mi aprobación

Atentamente,

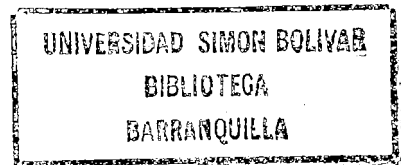

FRANCISCO JAVIER RAMIREZ ZAPATA
C.C.No. 8. 261.567 de Medellín
T.P. No. 24.429 de Minjusticia

DEDICATORIA

A mi señora esposa, Idalides Maria Cure de Sanchez, por que con su amor y comprensión recibí el respaldo necesario para la obtención de éste título.

A mi señor padre, Juan Gonzalo Sanchez y a mi querida madre, Maria Santos Benitez de Sanchez por todo el afecto y cariño que he recibido de ellos.





AGRADECIMIENTOS

Dedico éste trabajo a:

Dr. Roberto Vélez Paternina y al

Dr. Antero Agualimpia Benitez, por toda la colaboración que me prestaron para obtener éste título, y a todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en la realización de éste trabajo.

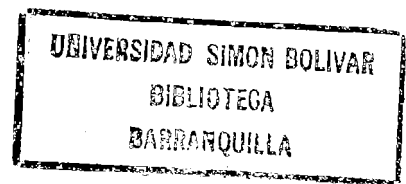
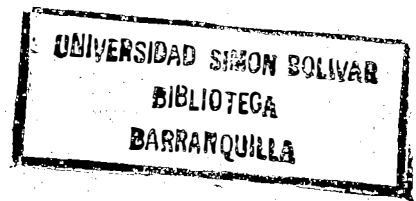


TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION.....	1
1. ESTUDIO HISTORICO Y SOCIO-ECONOMICO.....	6
2. NOCIONES GENERALES.....	15
3. EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO.....	29
3.1. EL ILICITO ECONOMICO.....	30
3.2. EL COMERCIO EXTERIOR.....	32
3.3. NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE ADUANA Y DEL PROCESO PENAL ADUANERO.....	35
3.4. PATOLOGIA SOCIAL DEL CONTRABANDO.....	39
4. ESTRUCTURA DEL DELITO DE CONTRABANDO.....	43
4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	45
4.2. CONTRABANDO DE PRIMER GRADO.....	48
4.3. CONTRABANDO CULPOSO DE <u>1ER</u> GRADO.....	48
4.4. CONTRABANDO DE SEGUNDO GRADO.....	48

	pág.
4.5. APROXIMACION A UNA DEFINICION DEL DELITO DE CONTRABANDO.....	52
4,5.1. Opiniones.....	52
5. ESTUDIO ANALITICO DEL TIPO.....	58
5.1. EL INTERES JURIDICO PROTEGIDO.....	58
5.2. EL OBJETO DEL ILICITO.....	64
5.3. EL CUERPO DEL DELITO.....	67
6. ELEMENTOS DE LA CONDUCTA ULCITA.....	72
6.1. TEPICIDAD.....	73
6.1.1. Función Garantizadora.....	73
6.1.2. Función Fundamentadora	74
6.1.3. Función Sistematizadora.....	74
6.2. ANTIJURIDICIDAD.....	82
6.3. CULPABILIDAD.....	86
6.4. PUNIBILIDAD.....	97
7. EL PROCEDIMIENTO PENAL ADUANERO.....	102
7.1. EL PROCESADO Y SU CONDUCTA.....	106
7.1.1. Tipicidad.....	108
7.1.2. Antijuridicidad.....	108
7.1.3. Culpabilidad.....	109

	pág.
7.1.4. Punibilidad	109
7.2. LA CUESTION PROBATORIA.....	111
7.3. LA DOBLE MORAL DEL ESTADO EN LA PUNICION Y REPRESION DEL CONTRABANDO.....	114
8. RESPONSABILIDAD.....	117
9. CONSLUSIONES.....	127
BIBLIOGRAFIA.....	134



INTRODUCCION

Presentamos a la consideración del jurado y al Honorable Presidente de Tesis, éste trabajo para optar el título de Dr. en Derecho y Ciencias Sociales, con la profunda convicción de que, aparte de ser un requisito, y ésto sería secundario, hemos querido aportar a las letras jurídicas de nuestra cara Facultad de Derecho, nuestra modesta contribución a su desenvolvimiento.

Pero más que todo, nos alienta el propósito de que el presente trabajo sirva a la discusión y profundización del tema que proponemos. No pretende ser éste estudio, un ensayo sobre la materia. Por ello rehuímos en su desarrollo las disquisiciones y planteamientos para polemizar con los doctos en la materia. Queremos que se vea en éste trabajo, no la obra del autor que llena un requisito, sino el producto, obviadas las limitaciones metodológicas y bibliográficas, de un pensamiento jurídico que abordando el tema lo critica y lo expone a la luz de las nuevas orientaciones que forman los principios fundamentales del derecho penal. Es ésta la óptica que el presente trabajo conserva en su de

sarrollo y constituye el punto de vista fundamental del autor para los planteamientos que se exponen y donde radica el propósito investigativo para someterlo a consideración del Honorable Presidente de Tesis y los Honorables miembros del Jurado.

Comenzamos el cuerpo propiamente dicho del trabajo, con el estudio de las nociones generales en relación con el delito de contrabando, tales como el origen etimológico de la expresión, algunas anotaciones críticas sobre el mismo de teniéndonos un poco en lo tocante a nuestra nación, en la Colonia, para abordar el problema del desarrollo comercial subsiguiente como factor ineludiblemente a estudiar vinculado con la actividad ilícita del contrabando. Aborda posteriormente el trabajo, el estudio de la estructura de éste delito, tocando puntos escabrosos de análisis en lo tocante a la tipicidad antijuricidad, culpabilidad y punibilidad del contrabando, elementos éstos a analizar para lograr el objetivo central de éste trabajo: como se mantiene aún en nuestra legislación penal aduanera la responsabilidad objetiva en el juzgamiento del delito de contrabando, responsabilidad expresamente prescrita por el Artículo 8 del Nuevo Código Penal. Con respecto a éste punto podemos anticipar que ello se debe a la deficiente, incompleta y comprometida interpretación de la fenomenología jurídica del contrabando por parte de un lado de los organismos encargados de unificar la jurisprudencia al respecto (C.S.J.,

Tribunal Superior de Aduanas e Incluso Juzgados) y por el otro lado, de estudios más profundos sobre la materia, en orden a la sistematización de una doctrina nacional coherente sobre el contrabando, que tenga en cuenta los siguientes aspectos:

1o) Los nuevos parámetros que informan los principios fundamentales del Derecho Penal.

2o) Las nuevas necesidades legislativas del comercio interno e internacional del país, y

3o) La corriente actual del Derecho Penal Aduanero, que vé en éste una parte especial del Código Penal (léase Derecho Penal) y no un apéndice de la Legislación Penal, cuya pseudo-legislación lo conserva aún en nuestros días en forma caótica, e incoherente, sin que lo guíe, repetimos, un criterio de doctrina y jurisprudencia autóctonos.

Por ello es que, y nos atrevemos a plantearlo en nuestro modesto trabajo, aún hoy en día no se tiene con certeza jurídica establecida si el contrabando es un delito instantáneo o permanente. Cuestión ésta fundamental y la cual tratamos profusamente en éste trabajo ya que de la fijación de un criterio legislativo (o sea la norma típica) sobre éste punto, depende la responsabilidad del contrabando frente al Estado.

No podíamos dejar de estudiar y conceptuar en éste trabajo, y para ello hemos desarrollado capítulos enteros, so

bre la misma legislación penal aduanera vigente, tanto en su parte sustantiva como en su parte procesal. Prevenimos de antemano al lector que el hecho de que tratamos sobre éstos tópicos en puntos doctrinarios o fundamentadores y sistematizadores, no obedece a esguínces ni desarticulaciones metodológicas, sino a que queremos hacer ver "a quien corresponda" donde, cómo, cuándo, y porqué, la legislación penal aduanera (Sustancial y Procesal) se halla separada de la realidad jurídica y comercial que vive el país en los actuales momentos y va atrasada con relación a los mismos marcos legislativos de la estructura jurídica del país. Por ejemplo tiene un profundo hedor a almojarifazgo y alcahala morisca el que se considere que hay delito de contrabando, y puede ser juzgado por ello, quien consume (dícese del fumador que lo compra, y lo mantiene en el bolsillo) una veintena de cigarrillos extranjeros, cuando el mismo Estado otorga y dá patente de corzo a regiones y ciudades del país (San Andrés, Maicao, Cúcuta, zonas fronterizas) a donde llega sin que se le pague los correspondientes derechos, mercancías de toda clase procedentes de los centros productivos de tales mercancías.

Finalmente, en la obligada parte del trabajo, y en lo tocante a las conclusiones a que nos lleva el estudio realizado, consignamos nuestros criterios sobre las bases que deben cimentar una doctrina y una jurisprudencia auténticamente nacionales sobre el contrabando. Criterios que,

prevenimos al lector, son conclusiones a las que en base al estudio hecho, nos llevan las circunstancias actuales en que se desenvuelve el derecho penal aduanero colombiano.

No sobra por demás señalar que con respecto a la bibliografía consultada para la elaboración de éste trabajo, nos vimos expuestos a protuberantes limitaciones y en la medida del objetivo que nos propusimos, creemos haberla sorteado hasta donde nos fué posible, debido entre otras cosas al poco tiempo de que dispusimos para concretar éste esfuerzo investigativo. Ya anotábamos anteriormente que con respecto al contrabando, los juristas colombianos han sido descuidados y los tratados al respecto son escasos en las bibliotecas de las Universidades. Bástenos señalar que en poca estima los pénsums académicos de los estudios superiores tienen a la legislación penal aduanera en un país en que no muy pocas personas de las que rigen los destinos del país han hecho su fortuna, su poder económico y han obtenido sus status social, dedicándose a la actividad del contrabando, para quienes entre otras cosas, ante críticas como las que consignamos en éste trabajo, podrían exclamar al leerlas: "son mercancías del oficio".



1. ESTUDIO HISTORICO Y SOCIO-ECONOMICO

El Derecho Penal Aduanero no ha tenido en nuestro medio la difusión y conocimiento que como legislación merece y debe tener: la bibliografía nacional al respecto es nula casi, constituyendo la más escabrosa limitación que hemos tenido en el desarrollo del presente trabajo. La legislación Penal Aduanera está formalmente ausente de los pen sums académicos de las Universidades, las que, podríamos asegurar, se han empeñado en desconocerla. De ello tenemos, a manera de prevención para el lector, que anticipar, que nos hemos arriesgado no solo en auscultar y mirar más de cerca la caótica y dispersa legislación penal aduanera, sino que nos hemos atrevido a plantear tesis y criterios en éste trabajo, que deben ser sopesadas por el lector, en consideración a las limitaciones expresadas al comienzo de éste capítulo.

Los jueces especializados, los abogados en ejercicio y los estudiantes encontrarán tal vez materias de interés para un posterior y amplio análisis y estudio sobre la legislación penal aduanera en Colombia. Materias que merecen am

plísimo estudio e investigación, de las cuales presentamos algunas, llevados por vocación penalista como estudiante y como funcionario jurisdiccional de la legislación penal aduanera.

En desarrollo de la tesis de un prominente estudioso colombiano de ésta materia, quizá la voz más autorizada, en el sentido de que el contrabando merece tratarse conforme a los principios del derecho penal, sacándolo de la posición sub-alterna que ha tenido como simple fraude rentístico e inspirados en dicha tesis la cual acogemos por razones que más adelante y en el transcurso de éste trabajo expondremos, queremos desarrollar no nuestra tesis, sino exponer ante las letras jurídicas nuestro criterio investigativo y las conclusiones a que llegamos.

Considerado hasta hoy el contrabando como simple fraude rentístico, evasión al tributo, la doctrina, la jurisprudencia y hasta la misma legislación especializada aduanera, ha encuadrado el delito del contrabando dentro de los estrechos marcos y lineamientos del poder disciplinario .

Los principios orgánicos del derecho penal referidos a la definición previa del delito (*nullum crime sine lege*), a la culpabilidad (referibilidad psíquica de una conducta ilícita a su autor) y a la sanción (punibilidad), no caben en la estrecha óptica y preceptivas del poder disciplinario, ni de las ingerencias administrativas que hoy

encontramos en nuestro actual derecho penal aduanero colombiano; como tampoco caben en los rígidos andamiajes o estructuras de las medidas encaminadas a la financiación de las empresas públicas; no caben tampoco aquellos principios que costaron sangre a la humanidad, en escuetas e improvisadas regulaciones transitorias encaminadas a la protección discriminada que la luz aduanera hace frente al patrimonio de unos y el mismo desarrollo económico de la nación, como se ha venido haciendo hasta hoy. Sobre todo en esto último que es la espina dorsal del tipo (norma) penal aduanera. Al menos así lo han venido expresando voces más autorizadas de quienes cultivan el derecho como esencia de doctrinas estabilizadas dignas de dedicación exclusiva porque ellas a su vez protegen la libertad del hombre.

La sumisión idolátrica por la ley y sus imperecederos númenes debe completarse con el estudio de los instrumentos llamados a preservar el orden social. Estos instrumentos importan más que las recomendaciones cambiantes de un patrimonio, pues responde a urgencias que no por ser cotidianas dejan de ser transcendentales. A ese derecho de todos los días, versátil, premioso, de ventajas unilaterales para el Estado o para quienes lo cimentan, es necesario llevarle inspiración jurídica, y sistematizarlos aún por sobre sus vaivenes. Hay que infundirle seriedad, adoctrinarlo, construirlo sobre bases generales sin olvidar

su esencia como reflejo de situaciones ordinariamente apuradas por las que discurre la política dominante con sus ensayos, sus errores y fugaces períodos de prosperidad; conocer su origen, sus fines, no es contemporizar con dicho acerbo de órdenes, requisitos y trámites, impuestos, retenciones y castigos, porque su estudio inmuniza contra el abuso oculto, e impulsa el pensamiento y letras jurídicas, hacia posiciones si no de vanguardia, si de actualización con lo que va más allá en doctrina jurídica, e instituciones.

He ahí nuestro marco de referencia en el trabajo que ponemos a consideración de la Facultad de Derecho, porque ello es lo que hemos encontrado en la actual institución del estatuto represivo aduanero: caos, redacción pobre, injusticia y autoritarismo, y lo más gravemente peligroso: la falta de una verdadera doctrina del delito del contrabando que encuadre en los principios universales del derecho penal su punto de apoyo y partida hacia formas más sinceras.

El caos en tales pronunciamientos, la dificultad para adentrarse en sus laberintos, repetimos, no autoriza para esquivarlos aunque nos repugne su acento de injusticia.

El derecho penal aduanero, ha de ser regentado por los principios jurídicos universales que forman el derecho penal. Los criterios sobre vigencia de normas, sobre su in

interpretación según las personas y la naturaleza de sus actos, favorabilidad, excusiones frente a la duda, presunción de inocencia, plena prueba, cumplido proceso, juez natural, prescripción de la acción y sanción penal entre otros, tienen que asistir al enjuiciamiento de la conducta típica del contrabando, que fué precisamente la ausencia de muchos de los nombrados principios que encontramos en el estudio realizado, lo que nos movió a escribir y sustentar el criterio aquí plasmado en la forma en que lo hacemos.

Pero no solo han de sujetarse a esas pautas comunes obviamente. Es indispensable que las restantes doctrinas rectoras del derecho penal, penetren los textos dictados con el exclusivo encargo de mandar, prohibir, multar, decomisar y convertir las multas en auténticas sanciones restrictivas de la libertad bajo el impulso fulminante de un fallo. Sobre todo, ha de tenerse como la infinita búsqueda en el proceso penal aduanero, la de la responsabilidad del procesado. A nuestro modo de ver, y según marcha la legislación penal aduanera actualmente en Colombia, la tarea procesal de determinar dicha responsabilidad, es tan escabrosa como buscar una aguja en un pajar; hacer pasar a un inculcado penal aduanero en un proceso de ésta naturaleza, es tan difícil como hacer pasar un camello por el ojo de una aguja, de tal suerte que el litigante en ésta jurisdicción le queda tanto trabajo como hacer una aguja.

con un ojo tal, que pase el camello.

Sin culpabilidad, es decir, sin conciencia y capacidad de terminativa no puede implantarse ninguna disposición limitativa de los derechos humanos.

Así las cosas, "el derecho aduanero no puede seguir siendo un improvisado manipuleo de tarifas y sanciones, sino una actividad intervenida por los principios válidos para las leyes represoras. Inclúyase ese derecho entre el que se bautiza como orden público económico, o consíderele aparte, lo cierto es que se enfrenta a descarríos catastróficos v.gr., el contrabando dirigido por funcionarios oficiales o por intereses internacionales"¹.

Exportar café por varios millones de dólares sitúa en peligro la economía nacional por la inflación que genera. En éste evento la apreciación del delito no debe ser referido a la cuantía solamente, sino a varios factores, siendo considerables las del infractor. Lo mismo debe ocurrir en menores circunstancias como el regalo que trae el indigente visitante del exterior, o el inerte ciudadano que trae por ejemplo de Maicao una máquina de escribir y una

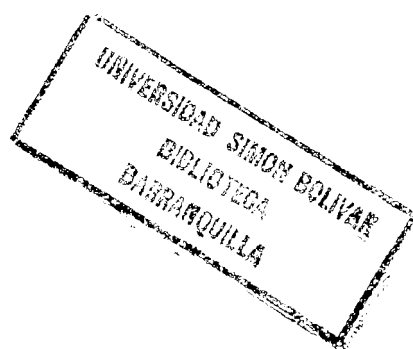
¹FERNANDEZ VEGA, H. Comentarios al Estatuto Penal Aduanero Editorial Edicolda. Bogotá, 1977. p. 6.

cajetilla de cigarrillos a los que no ampara documentación alguna. Las normas no deben ejercer un frío igualitarismo objetivo de tal suerte que se juzgue en igualdad sólo por consideración a la cuantía, tanto el contrabandista de bandas internacionales como al desprevenido transeunte que compra un radio portátil, a quien a su vez compró varios, al que los introdujo al país clandestinamente.

Todas las consideraciones anteriores, la ausencia de aquellos principios universales y la desarticulación en la legislación penal aduanera nos permiten ahora sí plantear nuestro criterio o tesis de fondo, sobre la cual marcha el presente trabajo: la responsabilidad objetiva en el delito de contrabando en la legislación colombiana, es decir, la responsabilidad que se tiene frente al Estado por una conducta normada como delictiva, pero sin atención a los elementos subjetivos y objetivos que tipifican y hacen punibles, es decir, sancionable con la imposición de una pena de conducta incriminada.

El entendimiento del contrabando como delito y no como simple fraude rentístico, permite integrarlo en la acción típica, antijurídica y culpable, con sus contrapuntos de atipicidad, inculpabilidad y justificación como corresponde al lugar que ocupa en nuestro tiempo.

Pero más aún, en los escasos textos que consultamos, autores óptimos han expresado que las normas escritas han avan



zado en algunos aspectos fundamentales, mucho más que la doctrina y la jurisprudencia, v.gr.: del desusado Código Fiscal de 1912, cuyo artículo 175 definía el contrabando como mera desatención arancelaria, es mucho el recorrido y los logros hasta la ley 21 de 1977; marcan las distancias entre delitos, contravenciones y faltas administrativas en materias aduaneras. Más aún algunos tratadistas en los textos exigen el elemento culpabilidad en las nociones de dolo y culpa, "demostrando con ello que ya no se trata de un régimen de excepción manejado por guardas y recaudadores, sino de un sistema acorde con los principios del Derecho Penal, y que cuando no están expresamente delimitados, los vincula por conducto de otras normas al Código represor y de los estatutos de procedimiento"².

Obviamente que el trayecto a recorrer que falta, es mucho, para integrar el derecho penal aduanero, o al menos se tenga como parte integrante de la parte especial del Derecho Penal.

La creencia de un derecho económico, integrado en parte por principios especiales y en parte por disposiciones del derecho penal común (según consideración de Siegert) ha llevado a nuestro país a la creación de estatutos puniti-

² FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 7.

vos especiales como el E.P.A.

Es incuestionable tal orden público económico. Resulta evidente también que el delito económico ha tomado mucho auge, y una de sus formas, el (contrabando); especialmente en Estados que consideran indispensable la orientación, dirección y encauzamiento de la economía, pero una cosa es el dicho orden económico y otra el delincuente (aquí el contrabandista). No obstante los liga un eslabón férreo, no menos cierto es que sociológicamente el contrabando tiene su patología y que igualmente tiene su propia dinámica y estructura, diferente en su realidad material a la del proxenetismo, el homicidio, el narcotráfico, etc. Precisamente es el conocimiento precario que de la patología, dinámica y estructura del contrabando se tiene, es por lo que la técnica jurídica en su represión y la dogmática que en su interpretación se sigue, por lo que acaecen los vacíos y fallas que anotamos anteriormente.

Pretendemos entonces con el modesto trabajo que presentamos, aproximarnos a dicha problemática, manteniéndola siempre una óptica; mostrar cuales son ellas, dónde están y el porqué de ello, habida consideración de las limitaciones que encontramos. El resto queda como tarea a personas más dóctas en la materia de aduanas.

2. NOCIONES GENERALES

1o) Que es la Aduana:

La palabra Aduana, al parecer, tiene varias acepciones etimológicas. Según algunos tratadistas Aduana proviene del término arabigo Diva Num. Esta era la casa donde se cobraban los derechos e impuestos del jeque, emir o kalifa, que se imponían a las caravanas de mercaderes en tránsito por dichos lugares, ya sea para dejar allí las mercancías a otros mercaderes locales, o por el simple hecho de acampar en un lugar del emirato, o kalifato. Por el uso y la costumbre se convirtió más tarde, como en toda evolución lingüística, en el término Divana, luego Duana y por último acabó en llamarsele como la conocemos hoy día: Aduana.

Otros tratadistas afirman que el término proviene de la expresión Advenio, por cuanto que se trataba de géneros o mercaderías advenidas de otros países. Existen también quienes opinan que el origen de dicha palabra se encuentra en el término italiano Duxana, o sean los derechos o tributos que por concepto tal, pagaban las mercaderías en Gé

nova y Venecia al Dux, magistrado supremo de dichos lugares. Sin embargo, al parecer su verdadero origen es el árabe o morisco, por cuanto que los moriscos del Virreynado de Córdoba y de Granada en la Península Ibérica designaban con el nombre de Al Duyan o Adayuan, a la oficina pública establecida para registrar los géneros o mercaderías que se importaban o se exportaban y donde se cobraban los derechos que allí se trazaban. Con el tiempo y por la evolución del lenguaje, fué variando el término hasta convertirse en la acepción de hoy: Aduana.

El Código de las Siete Partidas definió la Aduana como la casa dónde se custodiaban las mercaderías por el Almajari fe, persona de origen morisco (moro viene de Marruecos), término vulgar de dicho gentilicio cuando los árabes dominaron a España, lo que al parecer confirma la etimología de la palabra Aduana.

Actualmetne, el término jurídico Aduana es todo lugar donde esté situado un funcionario aduanero o delegado con autoridad para tasar y recaudar derechos sobre la exportación o importación de mercancías, como también los organismos de Policía Aduanera. Tenemos entonces, que el término designa toda oficina recaudadora fiscal establecida por el Gobierno Nacional, en los puertos marítimos, aéreos, fluviales del país, para hacer cumplir la ley de aduanas y sus concordantes, recauda los derechos que fija la ley del arancel, corre con las operaciones de entra

da, salida y tránsito como también depósito, trasbordo y entrega de mercancías, de importación o exportación, reprime el contrabando y el fraude a la renta nacional de aduanas, controla el comercio marítimo internacional y cabotaje, así como la entrada, salida y tránsito de viajeros internacionales.

2o) Breve Reseña Histórica:

Al abordar en éste acápite una breve reseña histórica del régimen aduanero, queremos instruir al lector en la evolución de dicha institución pero en forma general, pues no es del caso profundizar demasiado en ello; pero pretendemos adelantarnos en éste acápite sobre el objeto jurídico o interés protegido en el delito de contrabando para señalar que en última instancia se trata entre otras cosas de un delito de peligro, y que dicho interés protegido en éste tipo, es la economía nacional, o sea el desenvolvimiento de la producción, que genera un mercado interno y otro mercado externo, o sea la salida o entrada como la circulación de las mercancías. En éste trípode (entrada-salida-circulación) encuentra el delito de contrabando el punto de gravedad de su dinámica, previniendo que entrada equivale a importación, salida a exportación y circulación al decurso de las mercancías en el interior del país. Aclaración que no sobra anticiparla, pues desde esos tres polos analizaremos las conductas descritas actualmente en nuestro E.P.A. como contrabando y encuadrados así en di

cho marco histórico, pasar en el próximo acápite a un somero estudio del proteccionismo y el librecambismo, estudio del que nos valdremos para explicar, la essentia ratio del interés jurídico, protegido en el tipo de contrabando. De ahí, partiremos adelante en el capítulo correspondiente, al estudio de la responsabilidad del autor de éstas conductas. Es necesario hacer la aclaración anterior pues pretendemos con ella mantener al lector en el hilo conductor de nuestro criterio a desarrollar en éste trabajo.

Para el efecto, es necesario abordar ligeramente lo relacionado con la teoría general del impuesto, ya que podemos asegurar que la historia del contrabando es la historia misma de quienes evaden dichos impuestos.

Primeramente, los impuestos se dividen en Directos e Indirectos. Aquellos, v.gr. como el de renta y patrimonio, sucesiones, etc. aquellos que pueden trasladarse a otras personas, distintas de las que el Estado quiere gravar o ha gravado ya, v.gr. las personas que hacen circular la mercancía producida. De lo anterior, los derechos o impuestos de aduanas son los llamados Indirectos. Este impuesto indirecto es uno de los medios más antiguos y comunes de arbitrar recursos para el erario, tanto en Inglaterra como en todo el Continente Europeo, los Estados al constituirse se encontraron con una red de aduanas establecidas por todo lo largo y ancho del imperio Romano. Este impues

to llamado en inglés Custom (del latín costuma que significa consuetudo, sinónimo de costumbre) dió origen para sostenerse en algunas épocas por estadistas de Gran Bretaña, que éste impuesto formaba parte del derecho consuetudinario del reino, por lo cual el Parlamento no tenía facultad para modificarlo o suprimirlo. El fundamento histórico de éste impuesto estriba en el antiguo criterio según el cual el Rey no podía exigir a los súbditos erogaciones sin darle algo en cambio, y como el monarca fomentaba y facilitaba el tráfico comercial por su territorio, era justo que los comerciantes le dieran una retribución. Obvio es que la última razón de éste impuesto era el mantenimiento del poder del Rey, o sea la autoridad.

El Parlamento inglés en el siglo XV reconoció expresamente que el Rey protegía el tráfico comercial en el interior y exterior, y que con éste fin se designaba aceptar la indemnización que en forma de auxilios pecuniarios le concedió el Parlamento.

Otros tratadistas señalan el fundamento histórico de los gravámenes de aduanas en el hecho de que el gremio de los comerciantes constituían una clase social privilegiada que además no tenía simpatía entre el pueblo motivos por los cuales debían pagar al Estado un impuesto como compensación por tal privilegio, y si se trataba de comerciantes extranjeros, dicho impuesto debía ser más alto. Pero no tardaron en darse cuenta que dicho impuesto o

tributo lo descargaban los comerciantes sobre el consumidor, aumentando el precio de la mercancía.

En los primeros tiempos del gravamen aduanero, el tributo correspondiente a una gran parte de éste se pagaba en especie, entregándole al fisco gran cantidad de objetos con que se traficaba: sal, seda, pimienta, paños, lana, carne, etc., a ésta altura o sea la incipiente del comercio feudal, todavía no se conocía el metálico. De manera que con el uso del dinero, el tributo ya se pagaría en metálico: monedas, de oro o plata, etc., recaudándose por funcionarios del Estado.

Con la evolución de las doctrinas económicas, más tarde el fundamento de los impuestos de aduana radicaría en la necesidad de atender con ellos gran parte de las necesidades que el Estado debía atender para cumplir sus fines sociales. Ya se había pasado del poder del Rey, al poder nacional. Así actualmente la renta de las aduanas tiene un efecto fiscal y otro económico. Por el aspecto fiscal, tiende a proporcionarle recursos al Estado para sus fines legales-institucionales; por el aspecto económico tiene un objeto principal y a veces único, proteger la economía interna y su desarrollo librándola por las disposiciones aduaneras de la competencia perjudicial de artículos más baratos y provenientes del exterior. Es ésta doctrina la más aceptada y practicada actualmente, sobre todo en países de estructura económica de capitalismo no desarrolla

do.

A continuación, nos detenemos brevemente en ésta reseña histórica en lo que fué el contrabando en las primeras épocas de nuestra nacionalidad y sucintamente abordaremos un ligero estudio del Proteccionismo y el Libremercado, para dejar en claro el marco económico del delito de contrabando.

No sobra destacar aquí que instituciones como la mita, la encomienda, los resguardos, y el mismo tráfico de esclavos antecedieron al actual derecho aduanero. Debido a su complejidad histórica nos abstendremos de penetrar en el análisis de tales instituciones, además de que no es el caso consignarlo aquí pues es por demás conocido de la historia económica colombiana la influencia que tuvieron en la definitiva estructuración de nuestra organización económica:

a) El Contrabando en la Colonia:

En 1779 estalló un conflicto entre España, dueña absoluta del mercado en las colonias americanas, e Inglaterra, que dominaba los mares, primero con los piratas y luego con el contrabando de mercancías. Las mercancías introducidas por Inglaterra a las colonias, sobre las cuales pesaban fuertes impuestos eran principalmente telas (seda, lana, lino) vinos, especias aromáticas de la India, muebles tallados en madera, etc. Para combatir la entrada de éstos artículos, España procedió con fuertes restricciones al

comercio, por lo cual el contrabando se agudizó. En ésta contienda por el mercado, España iba en amplia desventaja ante Inglaterra, pues no tenían los Ibéricos una Industria potente y suficiente y sin embargo pretendían continuar con el monopolio de abastecimiento de sus colonias, para lograrlo tuvo que constituirse en intermediario entre las colonias y los países europeos que los producían, trayendo ésto como consecuencia el encarecimiento de los precios. Así es que viendo los americanos crecer cada día más sus necesidades de artículos europeos recurrían a la compra directa al país productor por medio de el contrabando, y a la venta de sus productos por el mismo sistema, no obstante las drásticas sanciones que la corona impuso para ésta clase de comercio. Desde las Antillas Inglesas, Holandesas y Francesas, se propiciaba el contrabando con las colonias de América. No está de más anotar aquí como aún en nuestros días los centros de recepción de mercancías extranjeras de prohibida importación y exportación, tienen en las Islas Antillanas (Aruba, Curazao, Trinidad) sus abastecedoras que continúan la tradición desde entonces.

"De España importábamos textiles y vestuario de lujo para consumo de las clases poderosas, que no utilizaban tejidos nacionales, y gran cantidad de bienes de consumo, como loza, hierro, acero, así como azogue para usos me

talúrgicos"³. La harina consumida en la Costa Atlántica era importada del exterior como también los vinos y aguardientes finos.

Henri See en su obra -Memorias del Comercio de los Holandeses- nos relata como uno de los procedimientos utilizados para el contrabando en Cartagena:

Los extranjeros llegaban frente a un puerto, pedían que se le dejase reparar su embarcación, seducían con regalos al Gobernador, y se consumaba la mala jugada. Los Holandeses llegaron incluso a encontrar el medio de traficar allí secretamente para ser más exactos por la isla de Curacao que se halla muy cerca de Cartagena. Los comerciantes de ésta famosa ciudad así como los de algunas otras de la costa marítima, se entienden con los holandeses, a quienes les traen mercancías hasta sus barcos que están anclados en lugares cómodos de las costas y las cambian por mercancías de Europa*.

Otro de los renglones, el más importante, sobre el que se ejercía el contrabando, era el oro. "La exportación de oro de contrabando para evadir el pago de impuestos, y el contrabando de mercancías introducidas, sobrepasaba, o al

³ TIRADO MEJIA, Alvaro. Introducción a la H. Económica de Colombia. Editorial La Carreta. Bogotá, 1977 p.70.

* Ibid., p. 70.

menos igualaba el tráfico por los medios legales"⁴.

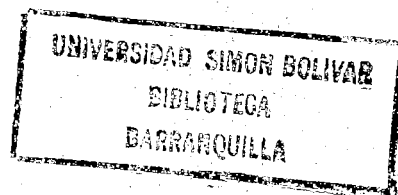
A lo anterior hay que agregar que tal práctica de comercio ilícito era espoleada y encontraba caldo de cultivo en la carencia e inexistencia de arancel, legislación aduanera y mecanismos de importación y exportación los cuales ni siquiera podía soñar el Estado español debido al caos jurídico y económico que mantenía en las colonias.

b) Proteccionismo y Libremercado:

El mercado interno colombiano solo vino a formarse prácticamente a finales del siglo XIX, paralelo a la definitiva estructuración del Estado Nacional colombiano con la Constitución de 1886. Todo Estado tiene el soporte o base de su juridicidad institucional en las fuerzas económicas que gestan y mantienen dichos marcos jurídicos en una constante interacción. La formación y mantenimiento del mercado interno, es lo que dá coacción al aparato estatal y a la misma realidad histórica que es la nacionalidad. Ningún Estado sienta sus bases sobre otra cosa que no sea el poder económico de quienes lo conducen en unidades de tiempo más o menos prolongadas.

El mercado nacional interno del que hablamos está constituido por toda la extensa gama y espectro de actividades económicas de la producción, desde sus formas más simples

⁴TIRADO MEJIA. Op.Cit., p. 71.



hasta las formas más complejas, que se desenvuelven dentro de una nación o país determinado, en una o varias unidades de tiempo. Dicho proceso productivo al cual hacemos referencia va desde la actividad encaminada a la obtención de las materias primarias o primas, para ser más exactos, pasando por su procesamiento con fines de transformación y adecuación para elaborar productos de toda especie o mercancías para el consumo interno, o sea, la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos. Este procesamiento comprende el empleo de toda suerte de técnicas y mecanismos en que interviene la producción productiva del país, o sea el material humano invertido en tal proceso productivo. Una vez obtenida la producción ésta entra al consumo, o sea, el uso de lo producido, tendiente a la satisfacción de las necesidades materiales. De toda ésta producción total, el Estado al planificar y encauzar los mecanismos económicos toma una parte. Para ello, se vale de medios administrativos y mecanismos institucionales como son el régimen impositivo que pesa sobre la producción, distribución, y consumo de aquel torrente económico.

Como señalábamos anteriormente y uno de los mecanismos a que hacemos alusión, es la renta de aduana un fuerte renglón que sustenta económicamente el desenvolvimiento jurídico-institucional del Estado. La renta de aduanas, repetimos, tiene en la práctica de los distintos países un as

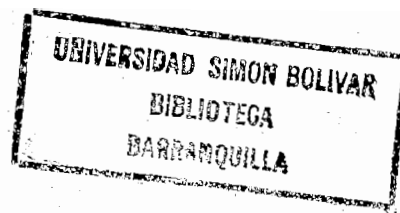
pecto fiscal y un aspecto económico. Por el primero, tiene de a procurarle recursos al Estado sin tener en cuenta las consecuencias del impuesto en las industrias y en el desarrollo del país donde se establece; por el aspecto económico tiene como objeto principal y a veces único, proteger la fundación, crecimiento y desarrollo de determinadas industrias nacionales librándolas por medio de disposiciones como el Código represor del contrabando en una competencia perjudicial. Estos últimos mecanismos entre los que están los impuestos de aduana, son los verdaderos impuestos de protección que se han establecido de liberadamente con ese propósito.

La protección de las industrias nacionales se verifica por medio de las aduanas y el Estatuto Penal Aduanero en diferentes formas. Por medio de los impuestos se protege, con los altos gravámenes a las importaciones, contra la competencia de las industrias extranjeras que a veces llegan a vender sus productos a menos del costo de producción para acabar con las industrias autóctonas. Dichos impuestos llamados indistintamente protectores económicos e industriales tienden a dificultar o a hacer lo imposible a la introducción de ciertas mercancías extranjeras y por lo mismo a disminuir o anular por ese concepto las entradas fiscales de aduanas. El fisco obra aquí no en su propio beneficio sino como auxiliar de las industrias nacionales.

De manera que como impuesto, redundaba en provecho de todos los ciudadanos, ya que aumentan los fondos nacionales. Queda entonces claro que el sistema proteccionista o proteccionismo, es la teoría y práctica económica de la producción y restricción de importación y exportación en orden al crecimiento, desarrollo y consolidación del mercado nacional que trata de protegerse, favoreciendo así determinadas industrias y renglones de una economía. Pero sistema proteccionista no significa solamente un impuesto a los impuestos de aduanas para favorecer ciertas industrias, sino también las medidas que de ellas se derivan. Este sistema o teoría se ha implementado como consecuencia necesaria del desarrollo industrial y comercial en los tiempos actuales, como al deseo generalizado de los pueblos de independencia política, a la que vino a agregarse la aspiración por la independencia industrial y comercial. La protección a las industrias como teoría y como doctrinas, podemos decir en síntesis que fué una modificación contra algunos antiguos principios del mercantilismo entre los cuales estaba el *Laissez-passer*, *Laissez-faire* fundamento del librecambismo, o sea la teoría económica según la cual la formación y desarrollo de un mercado no debía ser intervenido por un Estado, ya que las fuerzas económicas subyacentes en la sociedad hacían operar la ley de la oferta y la demanda en cualquier circunstancia como máxima conquista del pensamiento económico subsiguiente a la Revolución Francesa. Para ser más exactos

fué un corolario del liberalismo económico, hoy relegado al museo de la historia. Cabe destacar finalmente que ésta doctrina del proteccionismo tuvo su más oquial sistematizador en el norteamericano Alexander Hamilton, Secretario del Tesoro en 1791.

En éste marco de referencia, en el que hemos echado mano de elementales conceptos y categorías de economía, se encuadra uno de los elementos que configuran la conducta del contrabando: la evasión al régimen impositivo de aduanas para importar, exportar o comerciar internamente sin el lleno de los requisitos y el pago de dichos impuestos. Referencia que nos pone de relieve que el ilícito en cuestión es de naturaleza eminentemente económica.



3. EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO

Hemos visto que el Estado posee facultades de naturaleza fiscal, económica y monetaria y que dentro de las facultades de naturaleza fiscal están las de proteger su comercio exterior o interior gravando las exportaciones y las importaciones o las facilita o las restringe o según las necesidades de su desarrollo industrial y comercial; además, como la actividad mercantil internacional produce riqueza, tenemos que tanto el comercio de importación como el de exportación están sujetos a un régimen tributario, por cuanto que quien se lucra debe contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado.

Dentro de ese marco descrito anteriormente, está el dispositivo regulador de la economía en lo concerniente al régimen fiscal que es la aduana, lo cual es lo que nos interesa en éste estudio por cuanto que es el mismo marco de referencia en que se desenvuelve el ilícito económico, una de cuyas formas es el contrabando.

3.1. EL ILICITO ECONOMICO.

Resulta evidente que ese denominado delito o ilícito económico y su sistematización investigativa, ha tomado extenso auge sobre todo en los Estados que consideran indispensable la orientación, dirección o encauzamiento de la economía. Y ello tiene razón fundamental y primaria en el hecho de que las leyes y fuerzas económicas que gravitan en la sociedad, son fenómenos que pueden controlar la voluntad humana, tanto a nivel de microeconomía o economía doméstica, como a nivel de macroeconomía, o sea la alta concentración de la riqueza y su aplicación, distribución y consumo de los bienes que la constituyen.

Se ha tratado de precisar entonces la naturaleza de éste delito, y así por ejemplo, en Alemania se ha desarrollado la tesis de que éste delito "existe cuando el hecho viole el interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico debido a que la infracción puede afectar, por sus proporciones o consecuencias la productividad del sistema económico, protegida por el Estado, o bien que el autor manifieste con la infracción una actitud que suponga un desprecio del sistema protegido por el Estado en su totalidad o en determinados sectores del mismo"⁵

⁵ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 11.

Más aún, tratadistas como Jimenez de Asúa, ha teorizado que:

Las cuestiones del Derecho Penal Económico ha llegado a adquirir una importancia extrema, hasta el punto de que figuró como el más importante y discutido asunto en el VI Congreso Internacional del Derecho Penal Económico celebrado en Roma en Septiembre de 1953... en las largas sesiones se aprobaron resoluciones por la sección que discutió el tema, y luego en la Asamblea General, se trata de definir el Derecho Social Económico, diciendo que sus disposiciones sancionadoras forman el Derecho Penal Social-Económico, que, como el Derecho Penal Fiscal, constituye una parte del Derecho Penal Especial que posee características particulares de cuya observancia depende su eficacia práctica.*

En dicho Congreso se declaró que deben concebirse de modo extenso las nociones de autor y participantes (copartícipe) y se precisa la facultad de aplicar sanciones a las personas jurídicas. En materia de sanciones se consideró que es preferible a la prisión y a la multa la interdicción del ejercicio profesional, la publicación de la sentencia y la confiscación especial.

Traémos a consideración las anteriores hipótesis, ya que compartimos el criterio que las inspira y porque además las propondremos también como soluciones para atemperar el rigor de la justicia penal aduanera para las infracciones que quebrantan el orden público económico cuya guar

* FERNANDEZ VEGA. Op. Cit., p. 11



da le ha sido confiada al Estatuto Penal Aduanero, ya que como veremos más adelante, en esto de la responsabilidad de los autores de dichos ilícitos, es mucho el recorrido que falta a la legislación de la pena a imponer, ya que son muchos los factores objetivos y subjetivos dejados a un lado actualmente en el Estatuto Penal Aduanero colombiano y en el cual se campea para muchas conductas la responsabilidad objetiva, prescrita ya para siempre en las legislaciones penales más científicas, humanizadas y tecnificadas.

Tenemos entonces que el denominado orden público económico está constituido por la juridicidad e institucionalización de las medidas tendientes al encauzamiento, aprovechamiento social equitativo de la riqueza de un país y la sanción que por el quebrantamiento de ese orden impone al Estado.

3.2. EL COMERCIO EXTERIOR.

El llamado comercio exterior, o sea, la parte de riqueza producida en un país que sale de éste para su cambio por divisas u otros bienes, es una actividad de mercado, propia de todo proceso de producción económico. Esta actividad de comercio exterior o mercadeo internacional (entre dos naciones) desempeña un papel importantísimo en el desenvolvimiento y desarrollo económico de un Estado, debi

do a que cada una de las unidades productivas que son los países, están interaccionados y relacionados entre sí por la razón de que en unos se produce lo que en otros no, como también que dicho comercio incrementa obtención de divisas en moneda de otras naciones con la cual cada Estado respalda su deuda externa.

Este comercio exterior desempeña un papel fundamental en el desarrollo económico de un Estado, y hoy, como en ninguna época se esfuerza por controlar tanto las importaciones como las exportaciones, vigila los pagos al exterior, trata de establecer el equilibrio en la balanza de los medios de pago, reprime el mercantilismo clandestino, etc. En consecuencia, son éstos parámetros, entre otros, los fundamentos económicos del régimen legal represivo aduanero, en orden al florecimiento y expansión de la riqueza material que un país produce. Con respecto al comercio exterior colombiano podemos destacar que antes de que terminara el siglo pasado los renglones de exportación de Colombia lo constituían el oro, la plata, el añil, la quina, y como hoy, el café, base integral del comercio de exportación colombiana.

Actualmente cobró tanta solidez el mercadeo internacional del café colombiano, que el auge de divisas obtenidas en dólares por éste concepto, llevó al gobierno nacional a entregar a la represión del contrabando del café, a las fuerzas militares (ejército) adscribiendo a la justicia

penal militar el conocimiento y juzgamiento del ilícito económico en éste renglón de la economía.

Finalmente, y para apuntar sobre otros renglones que son objeto de claudestinaje mercantil, sobre el que sigue el Estatuto Penal Aduanero, cabe señalar que con el auge de la industria electrodométrica extranjera que invade a diario nuestro mercado nacional, un alto índice contrabandista versa esencialmente en la jurisdicción especial de aduanas sobre éste rubro, v. gr.: televisión, radio, sonido, juguetería, calefacción, refrigeración, comunicaciones, (teléfono, audio, etc.), sin desdeñar el claudestinaje mercantil en el rubro de la industria automotriz, con la particularidad de que mientras en los primeros renglones el tipo penal más común (entiéndase la conducta) de que conoce la jurisdicción aduanera, lo constituyen las figuras o normas básicas del contrabando de 1º y 2º grado, mientras que en el último es de mucha frecuencia el concurso de delitos (contrabando y falsedad documental por ejemplo). Ello tiene la explicación de tal reglamentación del comercio exterior, en el hecho de que el Estado renunciase a vigilar los cambios exteriores, podría renunciar de la misma manera, a la tarea de defender su propio territorio. En Colombia, para los fines proteccionistas de la industria, de mercado y la economía nacional, existe el "Regimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior", o sea aquel que facilita, restringe y regula las

importaciones y exportaciones. Dicho régimen a no dudarlo ha venido a constituirnos de los mejores y efectivos mecanismos e instrumentos de desenvolvimiento económico, pues regula el comercio internacional de Colombia, controla los desequilibrios de las balanzas de pagos y encauza el aprovechamiento de la riqueza y producción nacionales.

3.3. NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE ADUANA Y DEL PROCESO PENAL ADUANERO.

Con las acotaciones que hemos dejado consignadas atrás sobre mercado nacional, orden público económico, proteccionismo, legalidad y juricidad del régimen aduanero, queremos darle al lector los fundamentos elementales y categorías principales en los que se apoya y encuentra la ratio essendi (razón esencial) del delito de contrabando con la comprensión de dichos derechos e historia que nos parece ineludibles en un estudio como el que pretendemos desarrollar, la tarea que nos proponemos en demostrar se facilita en extremo, ello debido a que los conceptos y elementos aludidos, subyacen en la compleja materia del delito de contrabando. Para comprender la naturaleza de los derechos de aduana, es preciso fijar con precisión y claridad los aludidos fundamentos y principios del delito de contrabando. Esos elementos son a su vez el elemento de la antijuridicidad y tipicidad de la conducta ilícita del contrabando.

La naturaleza de los derechos de aduana es preciso abordar la aunque sea someramente, pues la evasión de ellos, el no cubrimiento o pago de los mismos, es la espina dorsal o médula del delito en estudio. La conducta de acción u omisión en éste punto de los derechos de aduanas, es el punto de partida del ilícito, y desde donde arranca la misma teoría del ilícito económico y la cual no debe perderse de vista en éste estudio. Desde éste punto se entrelazan fundamentos jurídico-penales como el dolo, la culpa, responsabilidad, imputabilidad, juzgamiento y fallo, acción administrativa, etc.

Desde el vértice jurídico que abordamos, la legislación, la naturaleza de los derechos de aduana, la define la ley 79 de 1931 en su artículo 60, que reza:

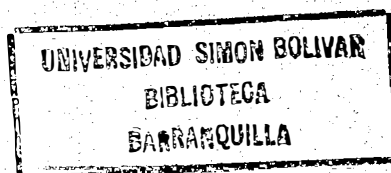
Artículo 60 : La responsabilidad de pagar los derechos de aduana a que haya lugar con motivo de la importación o exportación de mercancías constituye obligación personal a cargo del dueño de la mercancía o de quien aparezca como tal, en los documentos oficiales y a favor del tesoro nacional, deuda que sólo puede satisfacerse pagándola íntegramente o mediante el abandono de toda la mercancía declarada en el respectivo manifiesto en virtud de cuya liquidación se hayan tasado los derechos. La mercancía importada o exportada constituirá prenda de garantía de tales derechos y gravámenes.

De lo anteriormente expuesto podemos deducir claramente que los derechos de aduana elevan necesariamente los precios de costo de las mercancías importadas o nacionalizadas, por lo tanto, si la importación es efectuada de dicha manera, los productos nacionales o mercancías similares quedan libres de la concurrencia o competencia extranjera y pueden aumentar los precios de acuerdo con las necesidades de producción debido a la demanda, los costos, trabajos, etc.

Es entonces palmario que los derechos de aduana tienen naturaleza por un lado fiscal y por otro económico, y que tales derechos recaen sobre la mercancía, que es el centro de gravedad del cuerpo del delito en el contrabando. Hay que señalar que para efectos penales aduaneros, se entiende por mercancía, toda clase de frutos, materiales, semoviente, artículos, productos, especias, y demás muebles sin excepción, restricción ni limitación alguna. A su vez, la mercancía es nacional o extranjera, de importación o exportación, nacionalizada o en tránsito, voces cuyo significado etimológico y técnico por elemental y conocido, sobra de dejarlo consignado.

Por todo lo expuesto es que el proceso penal aduanero es de naturaleza más compleja de lo que a primera vista podría suponersele.

Siendo el proceso penal aduanero como es complejo, en él



se ven comprometidas tan diversas actividades humanas, que aquello que desde un punto de vista teórico aparece nitidamente caracterizado en el desarrollo práctico, en la aplicación de la norma, como también en su interpretación suele perder tal claridad. Participan en el proceso penal aduanero el Derecho Constitucional, la Hacienda Pública, la economía, el derecho comercial, la legislación bancaria, el Derecho Penal como rector de la acción punitiva, la estadística, etc., penetrándola tan profundamente que a veces se tocan en puntos comunes, pero siempre conservando su estructura propia y sus características peculiares.

Pero no obstante lo anterior, comunica especial naturaleza y peculiaridad, al proceso penal aduanero, la legislación aduanera, que es el conjunto normativo que le sirve de base fundamental y marco jurídico cuyo quebrantamiento le comunica la antijuridicidad al tipo de contrabando. Antijuridicidad ésta, que desarrollaremos ampliamente en su debida oportunidad. El aludido conjunto normativo podemos clasificarlo en cuatro categorías:

- 1o) Disposiciones legales que establecen los gravámenes.
- 2o) Las que regulan tanto el comercio internacional, tanto de exportación como de importación de mercancías.
- 3o) Normas que definen las infracciones al régimen aduanero, señalan su punición y proveen las causas procesales de su juzgamiento, y

4o) Las que señalan funciones y determinan las entidades públicas que deben ejercerlas.

La 3a categoría constituye el escabroso y extenso marco dentro del cual pretendemos desarrollar el presente trabajo.

3.4. PATOLOGÍA SOCIAL DEL CONTRABANDO.

Para concluir la primera parte del presente trabajo, que lo hemos dividido en dos, pasamos ahora a hacer un breve acotamiento sobre la patología social del Contrabando.

Proponemos que se entienda como Patología del delito en estudio las condiciones y circunstancias criminológicas y secuelas de éste como caldo de cultivo de otras esferas de la delincuencia que en el aspecto meramente jurídico se traslucirá en el concurso que con otros delitos se desenvuelve el contrabando.

Como vimos al estudiar sucintamente la moderna teoría (desarrollada por los alemanes), el contrabando es una actividad violatoria del orden público económico. Dicha tesis que acogemos tiene fundamento teórico y social en el principio de criminología aceptado por casi todas las escuelas de Derecho Penal, a partir del positivismo (E. Ferri) que el deterioro económico es creador de formas de delictuales que confluye en el deterioro ético-social, las

cuales emergen frente a situaciones como la inflación monetaria, producción deficiente, dependiente y atrasada, el pequeño desarrollo industrial, desempleo, superpoblación, etc. Factores éstos que sin duda constituyen el caldo de cultivo de un delito de naturaleza eminentemente económica. Se caracterizan éstas infracciones por la ganancia ilícita, enriquecimiento sin causa, patéticas no sólo en los particulares sino en funcionarios públicos, desde Senadores hasta Guardas de Aduana, pasando por toda la escala de funcionarios fiscalizadores del impuesto; indebido aprovechamiento de ese enriquecimiento en actividades vanales, y el alza del costo de toda clase de productos. Esta secuela desplaza su centro de gravedad haciendo resquebrajar el mismo orden público-político por la consabida carestía, todos éstos factores no encuentran fácil encauzamiento, sus sujetos activos verdaderos enemigos de los intereses colectivos.

Por eso, el mercado paralelo de divisas, las bolsas clandestinas o negras, las operaciones agiotistas, son instituciones conocidas y toleradas en todos los países. "Alrededor de todo ello polula y medra, una especie peculiar de delincuencia que rebasa los marcos del derecho penal de antiguo: la delincuencia económica financiera o económica-social"⁶.

⁶ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 15.

Damos también como cierta y patética expresión de la patología del contrabando, que éste delito es fuente de otros pues sirve como caldo de cultivo de un deterioro ético-social que genera, por él los homicidios de las mafias, las lesiones personales, las falsedades, la estafa, el abuso de confianza, las violaciones, el soborno, el cohecho, la adulteración de manifiestos, la facción de sellos, etc., delitos con los que concurre múltiples veces el contrabando.

"También se ha señalado que las ganancias cuantiosas, la vida disoluta y depredadora de sus practicantes ha traído descomposición a muchas zonas, caracterizada no sólo por el irrespeto, vilipendio y desprecio a la vida humana, sino por bandas de alcohólicos, prostitutas, dentro de un ambiente putrefacto distinguidos por las relaciones, vendettas, y los fraudes, carentes de todo principio ético rector. El peculado, el fraude, el cohecho, la concusión, el abuso de autoridad, las exigencias indebidas, son delitos hijos, en gran parte, del contrabando"⁷. En ese

marco lo que constituye la patología social del contrabando, por lo que estimamos que se dan las condiciones sociológicas para elevar ésta conducta a la categoría de delito, e infundir a la legislación penal aduanera la contem

⁷ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 16.

porización y adoctrinamiento de los vientos modernos, del derecho penal, sacando al contrabando como delito con tratamiento como el que hoy tiene, haciendo que el Derecho Penal Aduanero sea una parte del Derecho Penal Especial.

4. ESTRUCTURA DEL DELITO DE CONTRABANDO

Con las sucintas acotaciones sentadas en los capítulos precedentes, acerca del fenómeno histórico, económico, político y social de la conducta delictuosa del contrabando, su naturaleza patológica y repercusiones jurídico-penales, en ésta segunda parte del trabajo abordamos el estudio que bien podríamos llamar técnico-jurídico del contrabando. Tendríamos entonces que los capítulos precedentes y las categorías y fundamentos en ellos desarrollados, quedan consignados como premisas delimitadas al lector para una cabal comprensión de la idea central o tesis a plantear en éste trabajo.

Queremos en ésta segunda parte abordar el estudio de la estructura de la conducta punible o ilícita del contrabando, desde el ángulo meramente jurídico-técnico. Intentaremos además una definición dogmática del delito en estudio sin trasladar mecánicamente preceptos doctrinales fundamentados y originados en legislaciones foráneas pues de lo que se trata es de estudiar el fenómeno delito del contrabando, la realidad jurídico-económica que es hoy tal

ilícito.

En el estudio de la estructura del ilícito del contrabando no significa lo anterior que no tendremos en cuenta las conquistas científicas de otras latitudes para ofrecer un estudio renovado y con criteriología propia, o sea, nuestra en cuanto al análisis del delito y su terminología conceptual todo con base en la legislación penal aduanera colombiana. Presentamos entonces a consideración de la Facultad de Derecho nuestra tesis en el sentido de que al Derecho Penal Aduanero le son aplicables los principios universales, rectores y fundamentales del Derecho Penal. Así, en consecuencia y como un axioma derivado del anterior planteamiento queremos demostrar como la conducta del contrabando encuadra en la moderna concepción de que el delito, o sea el hecho punible es una conducta típica antijurídica y culpable. Sobre ésta definición o base podemos formular una ecuación de proporciones que nos dé una consecuencia lógica del delito, y cuya ecuación, por así decirlo, podemos plantearla en los siguientes términos: Conducta típica + Antijuridicidad + Culpabilidad = Delito.

La ecuación anterior no es invención de arbitrariedad conceptual del autor de éste trabajo. La proponemos como fórmula metodológica y la acogemos de una autorizada voz del Derecho Penal colombiano, el Doctor Servio Tulio Ruiz en su obra "La Estructura del Delito" la acogemos por un lado como guía en el estudio que pretendemos desarrollar,

pero nos apoyamos en ella y le damos un nuevo concepto, valoración y aplicación metodológica que reclamamos sea acogida por los estudiosos del Derecho Penal, por la profundidad científica de tal ecuación.

El presente estudio jurídico-técnico del delito de contrabando se propondrá descomponer en sus elementos la ecuación correspondiente a ese, haciendo la salvedad, que en las proposiciones que conforman la ecuación encontraremos particularidades que no dejaremos pasar sin analizar y estudiar.

4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Encuadramos en el marco anterior, dentro del cual nos moveremos para sentar premisas conceptuales y nociones fundamentadoras, el problema a plantearse consiste en el análisis del delito de contrabando, encuadrado en la ecuación que con fórmula metodológica hemos adoptado para determinar si el ilícito en cuestión le son o no aplicables los principios fundamentadores del derecho penal tanto histórica como doctrinaria y legislativamente, para de aquí en adelante mostrar que es lo que hoy se tiene como delito de contrabando; como se le procesa, y a título de que se le imputa al que incurre en tal conducta delictiva.

Así las cosas, descomponiendo la ecuación (Conducta típica + Antijuridicidad + Culpabilidad = Delito) ofrecida,

tenemos que:

1o) No hay delito sin una conducta humana (nullum crimen sine conducta) que reproduzca la hipótesis abstracta descrita en la norma penal (tipo legal-penal). Así lo establece el artículo 1o y la primera parte del artículo 12 del Código Penal. En materia Penal Aduanera, la norma correspondiente es el artículo 1o del Decreto 955 de 1970, artículos 4o, 5o, 6o, 7o y 8o de la ley 21 de 1977 y artículo 8o del Decreto 520 de 1971.

2o) No existe delito si la conducta típica ha sido impuesta como deber jurídico o ha sido permitida por el ordenamiento penal (nullum crimen sine iniuria) o lo que es igual, no hay delito si existe una causa de justificación del hecho o conducta típica. Así lo disponen los art. 11 y 25 del Código Penal. Aquí con respecto al contrabando, no hay norma especial, y el Estatuto Penal Aduanero se remite en los eventos en que así lo exija y se demuestre al Código Penal.

3o) No hay delito si la conducta típica y antijurídica no es culpable, es decir, no es referible psíquicamente a su autor, o lo que es lo mismo, no existe delito si el autor no ha obrado con dolo, culpa o preterintención o bajo el influjo o dominio de una enfermedad psíquica, mental o toxicofrenia. Así lo ordenan los arts. 12 y 29 del Código Penal.

El delito entonces visita su noción y ecuación compleja,

tiene otras características y ocupa una posición en el seno del ordenamiento jurídico. Tales características peculiares son:

- a) Es un hecho jurídico, es decir el delito tiene una importancia jurídica en cuanto el Derecho Objetivo le asigna una consecuencia jurídica que, de un lado consiste en el deber del reo someterse a la sanción, y de otro, en el poder-deber del Estado de aplicarlo.
- b) Es un hecho voluntario, es decir, un hecho que el hombre produce conscientemente, o que puede atribuirsele psicológicamente, o sea que se puede decir que es suyo.
- c) Es un hecho ilícito pues es contrario a la norma jurídica que impone o prohíbe la conducta. Esta última característica es la esencial del delito, es en nuestro caso, se trata de la ilicitud del contrabando; ilicitud que es descrita en la doctrina cuando se le descompone en sus elementos y se le estudia en la conducta realizada, en la antijuridicidad de ella (elemento objetivo) y en la referibilidad psíquica de esa conducta a un autor o sujeto (elemento subjetivo), constituyendo el aspecto material y el aspecto subjetivo o psicológico de la ilicitud de que hablamos. Los dos aspectos señalados con relación al contrabando los estudiaremos en las conductas señaladas en el Estatuto Penal Aduanero como contrabando, y los cuales se dividen en dos grandes categorías actualmente: contrabando propio y contrabando impropio.

4.2. CONTRABANDO DE PRIMER GRADO.

O sea importar o exportar mercancías de prohibida importación o exportación; importar o exportar mercancías sin presentarlas a las autoridades aduaneras para su nacionalización o despacho, o eludir la intervención de las mismas; importar o exportar mercancías valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso. (Art. 4^o ley 21/77).

4.3. CONTRABANDO CULPOSO DE 1ER GRADO.

Este ilícito lo constituye quien por culpa incurra en las conductas señaladas en el literal anterior (a), sancionado con pena de arresto.

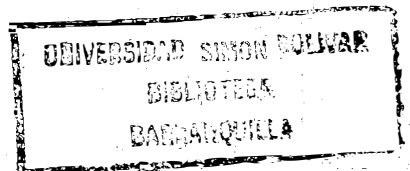
4.4. CONTRABANDO DE SEGUNDO GRADO.

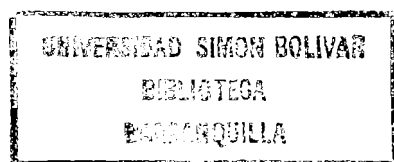
O sea almacenar, transportar, poseer, enajenar, ocultar, dar, recibir, en depósito, destruir o transformar mercancía introducida al país sin los requisitos legales o reglamentarios; transporte, almacene, oculte, dé o reciba en depósito mercancías con destino a la exportación sin cumplir los requisitos aduaneros exigidos por la ley o los reglamentos; tenga posea, u oculte mercancías admitidas temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país; enajene, arriende o destine a otros fines distintos de los auto

rizados mercancía admitida temporalmente en el país; intervenir en la matrícula o traspaso de automotor no nacionalizado; modificar o alterar la identificación de mercancía no nacionalizada (Art. 6o ley 21/77).

Descritas las anteriores conductas típicas de contrabando señaladas en la ley, tenemos que son múltiples o variadas las formas del ilícito; es decir una complejidad caracteriza éstos tipos penales en los cuales se observa una interacción, interrelación que comunica de unos a otros ilicitud. Aquí en ésta peculiaridad de las conductas descritas como típicas, encontramos el nudo gordiano a desenvolver en nuestro trabajo precisamente en lo que nosotros hemos decidido llamar comunicabilidad de ilicitud.

Esta comunicabilidad, a nuestro juicio, muy poco explorada por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, le comunica a la legislación penal aduanera la más grave peligrosidad en su juzgamiento y fallo por parte de la jurisdicción especializada aduanera, ya que los derechos del reo sindicado de muchas de las conductas señaladas, son vulnerados en el procesamiento y fallo, repetimos, de esa ilicitud. Y hemos encontrado por ejemplo que la conducta o tipo realizado primeramente por un sujeto, cuando éste ha logrado evadir la acción de la jurisdicción, comunica su ilicitud, antijuridicidad y punibilidad injustamente a otra persona o agente, fallando inmediatamente la individualización del ilícito, teniendo el caso generaliza





zado, que un delito cometido por otro agente, subyace como peligroso explosivo y corre por la comunidad en busca del detonante; otro agente, quien será responsable injustamente ante la ley Penal Aduanera. En éste hallazgo que hemos hecho en el estudio y práctica del Derecho Penal Aduanero, lo que nos ha movido a plantear el criterio o tesis de éste trabajo: que en el juzgamiento y fallo de ciertas formas del delito de contrabando en Colombia se está aplicando la proscrita doctrina de la responsabilidad objetiva, o más bien una variante muy próxima a ésta doctrina.

Para ilustrar nuestro concepto anterior valgamonos de un ejemplo: al país introducen ilegalmente una mercancía el sujeto A. Este sujeto A. hace cualquier transacción y en ésta transacción queda incurso en alguna otra de las formas de practicar el contrabando, por ejemplo, darla en depósito, transportarla, etc., y la jurisdicción penal aduanera no puede sorprenderlo por cualquier motivo. Notese que las conductas incriminadas como contrabando, sus formas, para ser más precisos son actividades que corren paralelas a la actividad del comercio. Como quiera que el contrabandista A., mandará, diera, etc., tal mercancía a otro contrabandista B., y éste a su vez a uno C., y éste a otro D., y así sucesivamente, cuando el último o sea al que será sorprendido con la mercancía ilícita, sobre éste recaerá la sanción, desindividualizándose la sanción,

con lo que se cae en una especie de responsabilidad objetiva. Conviene ver someramente, que es ésto de la responsabilidad objetiva, ya que en capítulo final de ésta obra profundizamos el tema con respecto a nuestra tesis y en relación con el delito del contrabando.

Se entiende por responsabilidad objetiva, que se está frente a la responsabilidad objetiva "cuando la conducta típica y antijurídica se le atribuye al sujeto por el mero nexo de causalidad material, porque la ha producido, sin necesidad de indagar si se ha interpuesto un nexo de naturaleza psicológica (aspecto subjetivo de la infracción) entre él y su comportamiento"⁸. Esta clase de responsabilidad es una excepción al principio *nolum crimen sine culpa*; corresponde a una etapa superada en la represión del delito. Se trata de un caso de responsabilidad en el cual se pone a cargo del agente el resultado antijurídico solo en cuanto es consecuencia de su acción u omisión o sea solamente respecto a la simple causalidad material, sin que se establezca un ligamen cognoscitivo o psicológico; "es una forma de responsabilidad anómala -de responsabilidad penal- en la cual el juicio de culpabilidad se fundamenta en la suita del resultado, ésto es, en

⁸ RUIZ, Servio Tulio. La Estructura del Delito. Editorial Temis. Bogotá, 1978. p. 149.

el nexo psicológico o cognoscitivo que ata un resultado da
do a un individuo"⁹.

Cualquier semejanza con lo que está aconteciendo en mate
ria de responsabilidad en el derecho penal aduanero colom
biano y la inspiración doctrinaria de las conductas seña
ladas en las normas respectivas, es simple coincidencia.

Pasemos a continuación a ensayar una aproximación a la de
finición del delito de contrabando, basados en la ley Pe
nal Aduanera Colombiana objetiva y en doctrina y jurispru
dencias varias.

4.5. APROXIMACION A UNA DEFINICION DEL DELITO DE CON TRABANDO.

4.5.1. Opiniones.

El Maestro Francisco Garrara ("Programa de Derecho Crimi
nal", parte especial volumen III, 3881), después de hacer
un estudio sobre el origen del impuesto aduanero sobre el
delito de contrabando, manifiesta:

Bando de Bannum, voz de baja latinidad en toda

⁹BETTIOL DIRETTO PENALE , Palermo. Priulla Editore 1958.
p. 365.

ley especialmente dictada en una ciudad o provincia, con el fin de ordenarle o prohibirle ciertos hechos a los habitantes de ella. Contrabando debería expresar en sentido general cualquier acto contrario al edicto especial promulgado, pero no es éste el sentido que se le dá comunmente a la voz contrabando pues el uso ha querido designar el concepto menos genérico de violación a las leyes de Regalía... aplicase también al hecho de quien introduce, en contra de las leyes de aduana, géneros que no están sometidos al monopolio, pero si a algún impuesto de introducción o circulación".*

Este delito para Carrara implica la invasión de los derechos del gobierno y su hecho asume carácter político. El sujeto activo, según Carrara, sujeto activo primario del contrabando son los contrabandistas; el sujeto activo secundario son los vehículos o medios, o instrumentos con los cuales se realiza la actividad en cuestión. Cuando terceras personas adquirieran "a sabiendas" el contrabando, o ayudan de otra manera al contrabandista, serán a su vez sujetos activos primarios de los delitos de complicidad, favorecimiento, encubrimiento, o cooparticipación según las circunstancias.

Los anteriores planteamientos carracianos han sido reevaluados, y actualmente del análisis y reconstrucción de tales tesis se desmembró doctrinariamente las clases de delito, o formas que éste asume. Así en Colombia, la ley 21

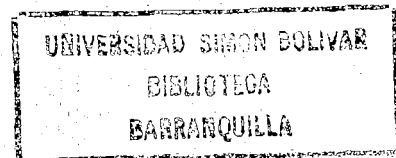
* FERNANDEZ VEGA. Op. Cit., p. 37.

de 1977 (Art. 4o y 6o) abandona la influencia clásica, se aparta de la terminología de contrabando propio e impropio, para asumir la carrariana de Primer Grado y de Segundo Grado, pero sin seguir al maestro en la significación de los términos clásicos, ya que en la ley colombiana ambas modalidades son delictivas.

En otros países se ha discutido si el delito de contrabando es un delito instantáneo o si es permanente. En Italia por ejemplo, se dice que "el contrabando es delito instantáneo con efectos permanentes"¹⁰.

Sin embargo no faltan precedentes, aún recientes de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que consideran el contrabando como delito instantáneo con efectos permanentes, pues su consumación se da en el momento del traspaso clandestino de la mercancía a través de la línea aduanera. Así introducir clandestinamente la mercancía, sustrayéndola por cualquier medio en todo o en parte al pago del impuesto aduanero, o introduciéndola con engaño, valiéndose de una destinación que se va a cambiar, son situaciones idénticas. No se diga que por producirse la acción ilícita posteriormente a la introducción de las mercancías, deba considerarse una situación diversa, sino que asume otra for

¹⁰ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 38.



ma, modificando muchas veces como ocurre en Colombia, una acción inicialmente legal, como cuando se introduce la mercancía con todo rigor legal, pero la prueba de ello se extravía o nadie en la celeridad de una operación comercial exige tal prueba para no ser reo de contrabando.

Esta teoría, que es la actualmente en vigencia en Colombia, según Ragno es notoriamente equivocada, pues se dá el evento de quien no conoce la introducción clandestina o ilegal de la mercancía, y así la adquiere, la guarda, la posee la transporta, la enajena, etc. y sin embargo, es reo así en ésta situación de contrabando.

Que consecuencia jurídico-práctica se desprende de considerar el contrabando, como delito permanente? una, muy peligrosa, pues si "suponemos que el contrabando es un delito permanente..., suponemos entonces que el delito no se agota por el simple hecho de introducir al país, sino que continúa consumandose durante todo el tiempo de la venta, uso, ocultación, transporte, etc., del objeto de contrabando"¹¹.

Es desafortunadamente la concepción que prima en la inspiración doctrinaria y jurisprudencial de las normas del contrabando, vigentes en Colombia. Una aproximación a la

¹¹ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 40.

definición del delito de contrabando o a contener alusión a éste problema. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia lo ha definido como: "todo acto, acción u omisión de importar o exportar mercancías sin llenar las formalidades y requisitos previstos en la leyes y con la finalidad de evadir, total o parcialmente el pago de los impuestos correspondientes o de causar un daño en la economía nacional!"*

No pretendemos ensayar una definición propia, simplemente anhelamos destacar, como hemos creído lograrlo, las características más sobresalientes de éste delito. Dígamos inicialmente que las características específicas de éste reato y sus modalidades determinan un tratamiento y conceptualización sui-générés. Una aproximación a la definición del delito de contrabando debe hacer alusión a los siguientes elementos, y según la modalidad o forma:

- 1o) Conducta típica (acción u omisión).
- 2o) Objeto o interés jurídico protegido.
- 3o) Naturaleza del delito, si de carácter instantáneo o permanente.
- 4o) Antijuridicidad de la conducta, o sea, si pone en peligro o lesiona sin justa causa el interés jurídico protegido.

* FERNANDEZ VEGA. Op.Cit. p. 41.

5o) Culpabilidad, o sea, la referibilidad psíquica con respecto al agente que lo haga responsable del reato.

6o) Si es un delito pluriofensivo o por el contrario hay un sólo interés protegido.

7o) Fijación del concepto o de los conceptos que integran el cuerpo del delito, como mercancía, importación, exportación, arancel, impuestos, etc.

Podíamos entonces definirlo como la conducta humana (positiva o negativa) que quebranta la norma de derecho aduanero cumplida por persona natural en forma mediata o inmediata al introducir o sacar del mercado nacional, mercancía gravada con un impuesto e imputable a una persona a título de dolo o culpa y sancionable, conforme a la pena establecida en la legislación especializada y juzgada por la Jurisdicción Penal Aduanera.

Creemos que en la aproximación a la definición del contrabando planteada, caben por vía de abstracción los elementos aludidos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y punibilidad conforme al nuevo derecho penal de culpabilidad, o sea, responsabilidad basada en la voluntad orientada hacia la conducta incriminada como delictuosa.

5. ESTUDIO ANALITICO DEL TIPO

El estudio analítico o técnico-jurídico del delito de contrabando lo hemos abordado desde el ángulo, o mejor, columna dorsal del fenómeno del contrabando en lo que respecta a la estructura jurídica de la conducta delictiva: el interés jurídico protegido por la norma, el objeto del delito y el cuerpo en cuestión, el análisis del sujeto activo, la conducta y su ingrediente subjetivo. Elementos éstos a estudiar en la conducta delictiva del contrabando.

5.1. EL INTERÉS JURIDICO PROTEGIDO.

Noción fundamental para determinar el interés jurídico protegido en una norma penal la constituye el principio de derecho que la función primordial del Estado es la de proteger los bienes jurídicos radicados en cabeza de las personas individualmente consideradas, de la colectividad y del propio Estado. Estas tres categorías sirven al legislador como medida de metodología y política criminal, ordenar en un estatuto punitivo las distintas clases de infracciones o delitos a sancionar. Ahora bien, aunque

ordinariamente cada tipo penal busca la protección de un solo bien jurídico, en ocasiones la conducta legalmente descrita se refiere simultáneamente a varios intereses y además, tales intereses pueden ser efectivamente alterados o suprimidos o simplemente puestos en peligro. El legislador ubica entonces los títulos dentro del tipo o capítulo que protege el bien que considera más importante o más hondamente lesionado. Es por ello que vemos en el Código Penal la división de éstos en capítulos, y los capítulos en artículos. Así, un título lo protege, o mejor, en un título encontramos normas más o menos homogéneas en su fin de proteger determinado interés o bien jurídico titulado v.gr. delitos contra la existencia y seguridad del Estado, delitos contra la administración pública, la administración de justicia, delitos contra la vida y la integridad personal, contra la libertad y pudor sexuales, etc. En cada título hay normas que sancionan la comisión de varias conductas o hechos que constituyen las hipótesis de hechos que pueden cometerse.

Pero visto el Código Penal, no encontramos el título, capítulo ni norma correspondiente al delito de contrabando. La razón de ello es que se encuentra descrita la conducta delictiva del contrabando en un ordenamiento o legislación especializada, promulgada exclusivamente para reglamentar lo atinente al estudio presente. Tal ordenamiento lo constituye el Estado Penal Aduanero.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene aceptado que el delito de contrabando es un delito de los denominados delitos o tipos de peligro. Qué son tipos de peligro?, son de ésta naturaleza los tipos penales que describen conductas encaminadas a amenazar o poner en peligro el bien jurídico tutelado. Tal delito radica su peligro en la potencialidad que la conducta tiene de producir realmente la lesión o vulneramiento de tal interés protegido. Como quedó amplia y claramente sentado en la primera parte de éste trabajo, el bien o interés jurídico protegido en el delito de contrabando lo constituye la economía del país o la nación en general, pero en particular dicho interés protegido son los derechos fiscales que el Estado tiene sobre ciertos productos (mercancías gravadas) de la riqueza nacional que sale del país, como también los mismos derechos fiscales que tiene el Estado sobre la introducción, permanencia o tránsito de algunas mercancías en el país, ésto es, el territorio nacional.

Un aspecto importante para dejar éste tema de interés jurídico despejado en gran medida, lo constituye el punto referente a qué, o cual clase de peligro se refiere. En efecto, se trata de un peligro mediato en el caso de contrabando, pues por mucho contrabando que se pueda imaginar, la economía del Estado y sus derechos nunca irán a la quiebra, pero sí la menoscaba y la amenaza constantemente; no es preciso que se produzca el resultado, o sea

la quiebra del sistema económico del Estado con la importación, transacciones, adquisición, enajenación, etc., de mercancías que no han pagado los derechos con que están gravadas en el arancel aduanero.

Las conductas de contrabando, o mejor las formas del delito de contrabando se realizan por conductas positivas o negativas, o sea, por acción u omisión. Ejemplo de la forma de acción, toda conducta de movimiento físico, como transportar, adquirir, guardar, etc.; de omisión no pagar los derechos con que están gravadas las mercancías, evadir su pago o la intervención de las autoridades de aduana.

Pero hay un momento especial con respecto al delito de contrabando que le comunica precisamente el peligro al Estado en sus derechos fiscales, le comunica antijuridicidad o sea ilicitud en el comercio: es el momento en que la mercancía ha entrado al país sin el lleno de los requisitos legales y el pago de los derechos de aduana con que están gravadas tales mercancías. Por ello es que técnicamente se tiene el contrabando entre los delitos que son de conducta instantánea, o sea aquellos delitos en los que la realización del comportamiento descrito en la norma, (en nuestro caso el contrabando) se agota en un sólo momento. Esto es, cuando la mercancía ha pasado la línea aduanera en forma ilegal. Tal línea la constituyen las fronteras territoriales de la nación en términos generales. Más, en nuestro país existe la institución llamada Puerto

Libre v.gr. San Andrés . No obstante que la mercancía extranjera que llega al puerto de San Andrés no es de contrabando, la introducción de mercancía desde San Andrés a otras partes del territorio colombiano puede ser de contrabando.

Dícese también del delito de contrabando, que no obstante ser un delito de conducta instantánea, sus efectos son permanentes. Pero ocurre, y también se tiene sentado por la doctrina tanto nacional como extranjera, que "de conducta permanente son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que el proceso consumativo se prolonga mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente"¹².

Como señalábamos en el capítulo anterior acerca de lo que hemos llamado comunicabilidad de ilicitud en el contrabando, éste delito tiene la característica especial que mientras exista la mercancía introducida ilegalmente al país en la cadena de actos sucesivos comerciales que suceden a dicha introducción, cada uno de los actos le comunicará antijuridicidad a los otros, lo cual ciertamente es peligroso, y ya vimos como ésta es fuente de responsabilidad

¹² REYES ECHANDIA, Alfonso. La Tipicidad. Ediciones Externado de Colombia. Bogotá, 1979. p. 181.

objetiva en el delito de contrabando. Característica especial que nos permite decir que no es la conducta en sí la que comunica punibilidad al sujeto activo de contrabando, sino que es la mercancía la que comunica antijuridicidad a la conducta, dándose un caso muy especial dentro del derecho penal, pues por lo general, son los hechos los antijurídicos y punibles, no las cosas con que se efectúa o realiza la conducta.

Con respecto al sujeto activo del delito de contrabando, podemos decir que es común; se necesita tener tal o cual calidad para ser reo de contrabando. Alguna figura agravada se presenta cuando es el funcionario de aduana el contrabandista. Cabe anotar que las personas jurídicas no son sujetos activos del delito de contrabando, pero sí las personas naturales que conforman la persona jurídica y, a aquellas les es imputable el reato, ya que la calidad del sujeto solo surge cuando "en el momento en que alguien desarrolla el comportamiento típico"¹³, o sea, realiza la hipótesis de la norma, es decir, encuadra o adecua su comportamiento al descrito en la norma que en nuestro caso estructura el contrabando.

13

REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 42.

5.2. EL OBJETO DEL ILICITO.

Prosiguiendo con el estudio que nos hemos trazado, nos corresponde ahora abordar y determinar cual es el objeto del ilícito en el delito de contrabando.

Tenemos que el delito está inestructurado por tres elementos fundamentales, a saber:

- 1o) El sujeto
- 2o) La conducta, y
- 3o) El objeto.

A los primeros elementos hemos hecho alusión en los capítulos precedentes, claro está, sin llevar un orden estrictamente académico. Su estudio lo hemos hecho en nuestro plan de trabajo de tal manera que hemos rehuído sus definiciones esquemáticas que no conducen a nada, y si en cambio, los hemos abordado en desarrollo en los criterios y posiciones adoptadas hasta ahora.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo por objeto material del delito, la persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica. Tal definición ha sido reevaluada y es considerada hoy en día como insuficiente, no solo por que existen conductas típicas que no recaen sobre persona ni cosa, sino porque así entendido el concepto aparece desligado de los fenómenos del objeto jurídico y del sujeto

pasivo de la infracción, o sea, quien resulta víctima de la conducta delictiva, en nuestro caso, el Estado.

Vimos en el literal anterior que mediante el estudio de instrumentos legales de los tipos penales, el Estado pretende tutelar (en el delito o estudio el contrabando, interés jurídico digno de protección en cabeza de sus titulares que puede ser la persona, la colectividad y el mismo Estado) pues bien, todo interés jurídico se materializa y concreta en algo tangible susceptible de ser identificado en cada tipo. Nosotros pretendemos hallarlo en el delito de contrabando, puesto que resulta lógico buscar en un interés jurídico que es vulnerado por la conducta de un autor y no obstante sea imposible de individualizarse.

Ya tenemos sentado que cada vez que una persona realice un comportamiento de acción o de omisión que se adecúe al tipo penal, lesiona o pone en peligro el interés jurídicamente tutelado en cabeza del sujeto pasivo (aquí el Estado). Pero como tal conducta no es una abstracción sino algo tangible, ella afecta a aquella sobre la cual se concreta ese interés, o sea, el objeto natural. No puede haber entonces un interés jurídico que no se concrete en algo. De éstos planteamientos dedúcese que en todo tipo penal, (uno de los cuales es el contrabando) existe un interés u objeto jurídico (éste ya quedó estudiado y definido), un sujeto pasivo y un objeto material por lo cual no

no puede proseguir el estudio analítico del delito de contrabando como en el estudio de cualquier tipo sin que se determine su objeto material.

Dicho objeto material "está constituido por la cosa en que se concreta el interés jurídicamente tutelado y el cual se refiere a la conducta del agente; autor"¹⁴.

Este objeto material en el caso del contrabando es de naturaleza real, (del *in re* de los Romanos).

No debe confundirse el objeto material del delito con aquellos instrumentos que el agente o sujeto activo suele utilizar para realizar la conducta típica o descrita en una norma penal.

Pues bien, ese objeto material sobre el cual recae la acción del sujeto agente, para el delito de contrabando, lo constituye la parte de mercancía introducida, o sacada, o transportada, etc., sin que se hayan hecho los pagos aduaneros correspondientes. Es decir la mercancía en sí misma considerada contiene la fracción o derechos que el Estado tiene fiscalmente sobre cada cosa determinada por su calidad de nacional o extranjera, importada o exportada, transportada, depositada, etc., que no haya pagado los co

¹⁴ REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 115.

respondientes gravámenes aduaneros, con lo cual queda exenta de ser ilegal o ilícita y su comercialización sea libremente ejercida sin que comunique antijuridicidad a la conducta y por ello se genere reato de contrabando.

5.3. EL CUERPO DEL DELITO.

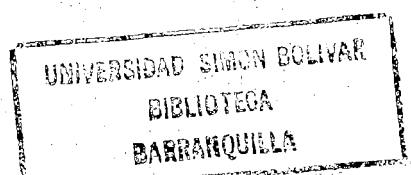
Para fijar la noción y el concepto técnico jurídico de este elemento dentro del estudio analítico del tipo que nos hemos propuesto en éste estudio, comenzaremos por remitirnos a la doctrina, luego a la jurisprudencia y finalmente nos detendremos a estudiar lo que es cuerpo del delito para el Estatuto Penal Aduanero, dejando entonces fijadas las bases fundamentales para adentrarnos en el próximo capítulo en el estudio de los elementos de la conducta típica en relación con el delito de contrabando en lo que interesa al Derecho Penal, enmarcados dentro de la nueva teoría de un Derecho Penal basado en la culpabilidad.

El Art. 310 del Código de Procedimiento Penal señala que los elementos objetivos o externos del delito, señalados en la respectiva disposición penal constituyen El Cuerpo del Delito. Esta norma se inspira en un hecho irrefutable y aceptado por todas las legislaciones y las más actualizadas doctrinas, técnico-jurídicas: que en la consumación de todo delito se dan dos etapas fundamentales; la una interna o subjetiva y la otra externa u objetiva o de

realización material de los hechos que configuran el delito. Si el propósito o la idea de quebrantar el orden social tutelado por el Estado no se traduce en actos materiales que refleja aquella intención del autor, ese hecho no se traduce entonces como infracción penal.

El cuerpo del delito es a la postre la suma del objeto jurídico y material de la infracción. Muchas veces se ha llegado a decir inexactamente que el cuerpo del delito es el delito mismo. Más aún el cuerpo del delito es el delito mismo a través de todos los episodios de su realización externa.

De acuerdo con nuestro sistema legal, el cuerpo del delito es el aspecto material del mismo por lo que han llegado algunos autores a confundirlo con el delito mismo. Pero nosotros veremos en ésta noción un conjunto de orden eminentemente técnico para los efectos procesales de la prueba que debe aportarse en un juicio penal para comprobar a la vez que se infringió una norma punitiva al aducirse un comportamiento de un sujeto a la descripción que de esa conducta hizo el legislador. Cuerpo del delito es por manera los elementos objetivos descrito abstractamente en la norma penal y reproducidos por el hombre en la realidad con su comportamiento, los cuales deben estar plenamente probados según el Código Penal Aduanero para poder llamar a responder en juicio criminal a su autor. Y erran entonces quienes consideran que en virtud de la le



gislación vigente en Colombia, Cuerpo del Delito, es el instrumento, el medio con que se cometió el crimen o los vestigios o rastros que ha dejado después de su consumación. "La noción del cuerpo del delito es técnica y con cuerda ampliamente con el concepto de tipicidad es decir, la correspondencia o adecuación del hecho humano en su aspecto meramente material y descriptivo con la conducta abstractamente detallada en una norma penal.... y ésta correspondencia o reproducción adecuada a la ley es lo que se designa con el nombre de adecuación típica y el descubrimiento en la realidad de los elementos puramente objetivos y materiales de la infracción, realizados por el autor, es lo que se denomina Cuerpo del Delito"¹⁵.

Si la noción de que Cuerpo del Delito queda sentada, entonces nos corresponde ahora determinarla concretamente en el delito de contrabando. En éste sentido proponemos nuestro criterio propio, en el sentido de que éste delito es especial o "sui géneris" el cuerpo del delito en el contrabando de naturaleza compleja y en él concurren otros aspectos que pasamos inmediatamente a señalar, pues en ésta materia por lo que hemos palpado como litigantes y funcionarios jurisdiccionales aduaneros, hay hondas fallas actualmente en la legislación penal de aduanas, en desme

¹⁵ RUIZ. Op.Cit., p. 66.

dro de los derechos del reo de contrabando.

En materia del Cuerpo del Delito en el contrabando, dicho elemento radica en la mercancía presumida o incriminada de contrabando ; se halla reglamentada en los Art. 14 y 17 de la ley 21 de 1977. Dicha mercancía se identificará por su naturaleza, características, cantidad, peso, volumen, medida , origen nacional o extranjero. En consecuencia debe de estar debidamente acreditada la materialidad de la mercancía, debidamente identificada" (Tribunal Superior de Aduanas. Auto de Sept. 6 de 1974).

Pero cabe hacer un comentario especial en éste aspecto al inciso 2o del art. 17 de la citada ley, que establece: si fuere imposible aprehender la mercancía, el perito determinará con base en los elementos de juicio aportados para la investigación. "Francamente éste aparte merece un detenido examen, si no ha sido aprehendida la mercancía, sobre qué va a versar el dictamen? si es sobre el valor, éste no debe ser arbitrario; si es de prohibida importación, o no se pagaron los derechos de tal importación, con que se le puede imputar al agente la responsabilidad ?. Sin embargo , ahí está la norma. Y pensar que en base a ella se habrán dictado multitud de condenas sin que se hubiese acreditado la existencia del Cuerpo del Delito, la responsabilidad objetiva se pasea impunemente por el Estatuto Penal Aduanero.

En el proceso Penal Aduanero importa en forma destacada la comprobación del objeto y cuerpo del delito, que es la mercancía. En el estudio que con respecto al régimen probatorio se tiene actualmente, y el valor probatorio, evaluación y crítica de los medios de prueba, pondremos de presente varios casos tomados de juicios que han hecho tránsito o cosa juzgada para señalar como en ésta materia el cuerpo del delito, las fallas de la legislación penal aduanera son protuberantes e injustas.

6. ELEMENTOS DE LA CONDUCTA ILICITA

En el desarrollo del presente trabajo, nos corresponde ahora estudiar los elementos que hacen punible, o sea, sancionable con la imposición de la pena señalada en la norma pena, la conducta incriminada como de contrabando. Un estudio de éste delito como el que nos propondrémos, tiene que abordar y determinar con respecto al contrabando, las categorías jurídicas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y su punibilidad.

Evocaremos primeramente los principios rectores o universales del Derecho Penal contemporáneo y encuadrar nuestro estudio del contrabando en un afán de adoctrinarlo, en tales principios.

El Régimen Normativo Penal de Colombia, y así mismo la Legislación Penal Aduanera están determinados por los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, los cuales encuentran su garantía fundamental en el Art. 28 de la Constitución Nacional, en donde pasan a afirmarse y desarrollarse como reflejos de éste precepto superior en el art. 10 del Código Penal que establece: "Nadie podrá

ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción en la ley vigente al tiempo que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ellas".

De ésta forma se desprenden conceptos, garantías y derechos. Emanan también de ella, las nociones que queremos establecer con respecto a los elementos que configuran la conducta típica del contrabando, como la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, y la punibilidad. Pasamos entonces a su estudio detallado.

6.1. TIPICIDAD.

La tipicidad no es un invento inútil hecho para embrolar la dogmática penal, ni constituye vana palabrería sin mayor utilidad en la práctica forense. La tipicidad encarna el más valioso aporte que en el presente siglo se ha hecho a la teoría del delito. Los modernos doctrinantes están de acuerdo en que el fenómeno de la tipicidad ejerce una triple función; garantizadora, fundamentadora y sistematizadora. Pasemos breve y sucintamente a concretar estas funciones dentro del derecho penal.

6.1.1. Función Garantizadora.

En cuanto que la tipicidad realiza una función prejurídica

ca constituyendo una garantía jurídico-política y social de la propia libertad en cuanto que ella (la tipicidad) vertida en una norma (tipo penal) define de antemano cual es el acto, conducta, hecho, acción u omisión que constituye delito, garantizando la libertad y seguridad individual, pues solo cometera delito y por tanto sancionado con la pena respectiva, quien realice el comportamiento descrito en la norma tipo-penal.

6.1.2. FUNCION FUNDAMENTADORA.

Ya que la tipicidad es fundamento de ilicitud en el sentido de que mientras que el legislador no describa una conducta como típica, no es posible pudicar en ella un delito.

6.1.3. FUNCION SISTEMATIZADORA.

Por la cual se logra la sistematización, clasificación y ordenación de los tipos penales según su objeto jurídico, su resultado, etc.

Pero aparte de las funciones anotadas anteriormente, la tipicidad tiene un valor procesal en nuestro derecho positivo; en efecto, el Art. 31 del C.P.P establece que el Juez o funcionario debe oficialmente iniciar investigación penal siempre que por cualquier medio llegue a su conoci

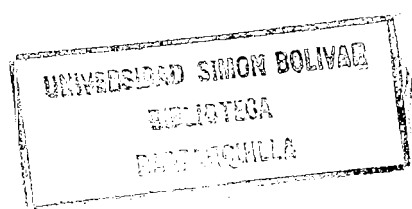
miento la perpetración de alguna infracción penal de las que deben investigarse de oficio; y lo contrario será el Artículo 320 Bis, del C.P.P., establece que: "El Juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción.

Si la disyuntiva se resuelve positivamente o sea, si el hecho constituye delito, la labor del Juez durante la etapa del sumario se orientará a la verificación total del hecho sub-índice en relación con los elementos de la tipicidad, identificando al sujeto agente en orden a esclarecer la verdadera naturaleza de la conducta realizada por aquel, con el objeto de comprobar su adecuación al tipo; "a probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsumisión rigurosa del hecho de la vida real en el tipo de la ley, para luego establecer los indicios racionales de que una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe atribuírsele"¹⁶.

Entonces, un primer elemento a auscultar en cualquier norma o tipo penal, es el elemento de la conducta que ha de realizarse para que surja a la vida jurídica con consecuencias punitivas. Para encontrar ese elemento (la con

¹⁶

REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 40.



ducta), plantearemos que la norma penal es una oración, así; el verbo es la parte más importante de la oración y y si la conducta descrita en el tipo se plasma en una oración gramatical, se entiende entonces porque el verbo de la oración en estudio (la norma o tipo penal) haya sido llamada con toda propiedad "Núcleo Rector del Tipo" de donde tenemos entonces que con respecto al delito de contrabando, la conducta ilícita descrita en ellos contiene un núcleo o verbo rector, que pasamos a establecer de inmediato.

Establece el Artículo 4o de la ley 21 de 1977, y el Artículo 8o del decreto 520 de 1971 las conductas incriminadas como contrabando, clasificando éste delito en contrabando de primero y segundo grado y contrabando culposo. Claro que tenemos que aclarar que las infracciones al Estatuto Penal Aduanero se dividen en delitos, contravenciones y faltas administrativas. Para el presente trabajo sólo abordamos el estudio de los primeros, o sea el estudio del delito de contrabando.

En efecto el siguiente es el texto del Artículo 4o de la ley 21 de 1977:

Artículo 4o Contrabando de Primer Grado: Incurrirá en prisión de uno (1) a diez (10) años y en multa hasta por el doble de la mercancía, quien:

1o) Importe o exporte mercancía de prohibida importación

o exportación.

2o) Importe o exporte mercancía sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o despacho o eluda la intervención de las mismas.

3o) Importe o exporte mercancía valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso.

Tenemos entonces que la conducta ilícita está señalada en los verbos rectores importar y exportar, pero la acción de importar o exportar incluye dentro de la norma, otro elemento descriptivo, y en efecto para que la acción señalada se encuadre en el tipo penal, debe ser:

- a) Mercancía de prohibida importación o exportación (No. 1).
- b) Sin presentarla para su nacionalización, despacho o eluda la intervención de las autoridades aduaneras (No. 2).
- c) Valiéndose de afirmaciones o documentos falsos (No. 3).

Tenemos respecto a la primera conducta, éste tipo remite su verbo rector al arancel, en el sentido de que allí debe aparecer tal mercancía prohibiéndose su importación o exportación; con respecto al numeral 2o, nacionalizar una mercancía es cumplir un trámite a fin de que ingrese al comercio ilícito. Este trámite se cumple en etapas; también señaladas en la ley (Código de Aduana) llamados de: comprobación, reconocimiento y aforo, liquidación y revisión y pago de derechos. Obsérvese además que es necesario también para que la conducta se tipifique obrar a es

palidas de las autoridades y eludir la acción de las mismas en los trámites. Finalmente, el 3er numeral se refiere al concurso de delitos mediante el cual se hace la importación o exportación presentando documentos referentes al tránsito, falsos.

Podemos conceptuar y es criterio muy nuestro para señalar la complejidad de ésta tipicidad, dándole ésta calificación: se trata de lo que podemos llamar Tipicidad Condicionada o Remitida, pues aquí el proceso de adecuación típica se remite a trámites y reglamentos, de carácter esencialmente administrativos. Se alude a esos trámites y medios para no dejar por fuera ninguna conducta dolosa que haya determinado la importación o exportación. Con respecto a éstas últimas su proceso se inicia con la obtención del respectivo registro ante Incomex. Nótese que de éste delito de contrabando de primer grado, a la acción física de importar o exportar, antecede una acción o conducta de omisión que genera la violación de la norma penal. Son pues, dos los momentos en el proceso de adecuación típica en éstas formas de contrabando.

La modalidad culposa del contrabando de primer grado está instituída en el Art. 5o de la ley 21 de 1977, que establece:

Artículo 5o Contrabando Culposo de Primer Grado: A quien por culpa incurra en la conducta señalada en el numeral

lo. del Art. anterior, se le impondrá pena de (3) tres meses a (3) tres años de arresto y multa hasta por el precio de la mercancía.

Esta norma merece algunos comentarios. En primer lugar, se es culpable a título de Dolo o de culpa. Se dice en relación con la culpabilidad, que "la conducta es dolosa cuando el agente la ejecuta queriendo de modo directo su resultado, y que la conducta es culposa cuando el agente a pesar de representarse el resultado como posible, obra con temeridad, imprudencia o violación de reglamentos, de terminando así su producción"¹⁷.

Recuerdese que una de las circunstancias que comunica antijuridicidad en el contrabando a la conducta es la violación al reglamento del Arancel Aduanero. Entonces como puede ser un sujeto imputable a título de dolo y culpa a la vez ? Se podría violar (omitiendo pagar los derechos de aduana) culposamente una norma para que ésta circunstancia de ser culposo el comportamiento se transforme luego en elemento o requisito esencial de una conducta dolosa ? Apparently se trata de un híbrido en la comunicabilidad de antijuridicidad y tipicidad en las conductas incriminadas de contrabando. A nuestro modo de ver, se tra

¹⁷ FERNANDEZ VEGA. Op.Cit., p. 47

ta de una aplicación de la culpabilidad (éste término para no confundir al lector), de culpabilidad a título de culpa que no le cabe al contrabando la circunstancia de la imprevisión, impericia o negligencia (la acogemos por ser favorables al reo) que se desplaza al error esencial del hecho, técnicamente designada como una de las causales de inculpabilidad (Art. 23 del Código Penal).

A ésta modalidad culposa del contrabando podríamos llamar la mejor con otro término, y debe tenerse como una forma atenuada del delito en sí, pues como no es dable conocer todos los impuestos que gravan una mercancía, los cuales son fluctuantes, se puede caer en yerros por carecerse de información y conocimiento adecuados sobre el régimen de impuestos.

Prosiguiendo con el estudio de las conductas típicas de contrabando, establece el Art. 60 de la ley 21 de 1977.

Artículo 60 Contrabando de Segundo Grado: Incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años y multa hasta por el precio de la mercancía quien:

1o) Transporte, almacene, posea, enajene u oculte, dé o reciba, en depósito, destruya o transforme mercancía introducida al país sin los requisitos legales o reglamentarios;

2o) Transporte, almacene, oculte, dé o reciba en depósito mercancía nacional o nacionalizada con destino a la exportación.

tación sin cumplir los requisitos aduaneros exigidos por la ley y los reglamentos;

3o) Tenga, posea u oculte mercancía admitida temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país.

4o) Enajene, arriende o destine a otros fines distintos de los autorizados, mercancía admitida temporalmente en el país.

5o) Intervenga en la matrícula o traspaso de automotores no nacionalizados, y

6o) Modifique o altere la identificación de mercancía no nacionalizada.

Es en muchas de las conductas descritas en ésta norma y en su juzgamiento en donde con mayor frecuencia se dá la responsabilidad objetiva y como lo veremos detenidamente en el estudio que dé la culpabilidad en éstos delitos, haremos más adelante, por cuanto que el nexo psicológico entre la conducta y su autor está ausente por error esencial de hecho (toda vez que no se conoce si tal mercancía fué introducida al país sin el lleno de los requisitos señalados) y no obstante se juzgó y se llega a condenar en ausencia de culpabilidad, comprobando entonces el lector que nuestra tesis tiene asidero en la realidad actual de la ley Penal Aduanera, en la que campea la responsabilidad objetiva.

Finalmente hay establecida (Art. 8o ley 21/77) la modalidad culposa en el contrabando de segundo grado, a la cual

caben las anotaciones y críticas hechas a la misma modalidad de 1er grado.

Concluyendo, tenemos entonces que la tipicidad de las conductas incriminadas como contrabando, nos las señalan los respectivos verbos o núcleo rector de las normas ya vistas y las cuales son:

- a) Importar o exportar.
- b) Transportar, almacenar, poseer, enajenar, ocultar, dar o recibir en depósito, destruir o transformar, arrendar o destinar a otros fines, mercancía introducida al país, intervenir en el traspaso o matrícula de automotor, y modificar o alterar la identificación de alguna mercancía no nacionalizada.

6.2. ANTIJURIDICIDAD.

Para precisar con claridad el concepto legal o jurídico de éste elemento de la conducta ilícita, comenzaremos por bordear y fijar algunas nociones que la cimenten .

En primer lugar, la vida social, toda actividad humana en comunidad, está regida por un ordenamiento jurídico u orden y con punto de normas que tutelan algún interés. En nuestro caso, el contrabando, es una actividad que pone en peligro el bien jurídico de la economía del Estado que se halla tutelado en el reglamento de aduanas, en el aran

cel, en la tarifa de los impuestos, que gravan tal o cual mercancía. Entonces se predica la antijuridicidad en el delito de contrabando en la acción de no pagar los dichos gravámenes.

Como todo ordenamiento jurídico la tarifa o impuesto arancelario está establecido en la ley respectiva, o sea el Código de Aduanas, las resoluciones del Ministerio de Hacienda, etc. Es ésto lo que los autores han denominado antijuridicidad legal o normativa. La conducta humana de acción u omisión frente a la disposición respectiva de aduana, genera la antijuridicidad que le comunica ilicitud al comercio que se haga con mercancía espúrea. La concepción penal de la antijuridicidad "vincula su esencia a la relación de contradicción entre el hecho humano -de acción u omisión- y la norma penal"¹⁸, lo que es decisivo para saber si una conducta, además de ser típica, es delictiva o punible.

Pero en el Derecho Penal Aduanero, con respecto a la antijuridicidad del reato de contrabando, la contradicción entre la conducta y la norma es diferente, pues la norma a violarse está contenida en los aranceles, tarifas, regla

¹⁸ ROCCO, Arturo. L'oggetto del Reato e della Tutela Giudiziale Penale. Uet. T. Turin, 1913. p.469 y S.S.

mentos fiscales, etc., y de ésta contradicción o choque resulta la antijuridicidad que comunica ilicitud a la mercancía. La antijuridicidad de la conducta típica es el segundo elemento a estudiar en el contrabando como hecho punitivo.

Se ha dicho que la antijuridicidad es el elemento jurídico del delito. "En efecto, no es suficiente la existencia de una conducta (activa u omisiva) que corresponda a un tipo legal para que pueda hablarse de delito. Es indispensable su antijuridicidad, su ilicitud en virtud del principio *nullum crimen sine iniuria*"¹⁹.

La conducta antijurídica se traduce entonces en un antideber (el no pago de los derechos de aduana y requisitos legales en el contrabando) es un antiderecho (el derecho de Estado regido por la norma penal, o Estatuto Aduanero). Podemos entonces definir que la antijuridicidad consiste en una contradicción entre la conducta de un sujeto agente y la norma jurídica que tutela un interés jurídico protegido. En el caso del contrabando y afirmando nuestro criterio propio, ésta antijuridicidad también es remitida, pues primero se omite el pago de los derechos de aduana sobre la mercancía y luego se actúa con dicha mercancía, que es ya ilícita.

¹⁹RUIZ. Op.Cit... p. 77.

Pero para que exista antijuridicidad en una conducta típica, es necesario también que dicha conducta se haya realizado sin causa que la justifique y redima tal ilicitud. Legalmente las causas que justifican un hecho y lo exigen de antijuridicidad están descritas también en la ley Penal, y le son aplicables hasta donde es posible a las conductas incriminadas de contrabando. tales causas de justificación del hecho las señalan los artículos 23 y 25 del Código Penal, y son:

1o) La insuperable coacción ajena, estado de sugestión hipnótica o patológica.

2o) La plena buena fé determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho y de derecho no provenientes de negligencia.

3o) Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que ella dependa de fuerza mayor (Art. 23 C.P.).

4o) Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente (Art. 25 C.P.).

Sólo éstas circunstancias de justificación del hecho y no otras, son predicables de exclusión de antijuridicidad en el delito de contrabando, y quien actúe así, lógicamente no puede ser sancionado con la imposición de la pena.

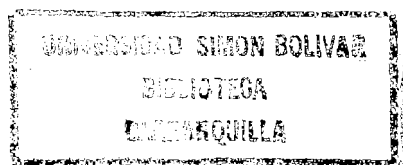
Pero, como lo veremos más adelante y especialmente con relación al error y la ignorancia, en Colombia no tiene apli

cación cabal éste principio de exclusión de punibilidad, generandose con ello casos absorventes de responsabilidad objetiva como lo veremos enseguida en el capítulo referente a la culpabilidad del reato de contrabando cuando no queda establecido el nexo psicológico del sujeto con la conducta que ha realizado por ignorancia, por ejemplo, que la mercancía sea espúrea.

6.3. CULPABILIDAD.

Abordamos en ésta acápite del presente trabajo el punto más escabroso del estudio que venimos realizando.

Estudiados los fenómenos de la tipicidad, y la antijuridicidad del delito de contrabando en los capítulos referentes y anteriores de la materia, nos restaba el análisis de la culpabilidad para completar el estudio de la estructura compleja e intrincada del contrabando. Creemos haber desarrollado a cabalidad el cometido que nos propusimos. En el punto que vamos a tocar ahora, prevenimos al lector sobre los criterios nuestros que vamos a plasmar a continuación y renovamos el propósito que nos alienta en dichos criterios: aplicar la teoría y principios rectores del Derecho Penal al estudio del delito de contrabando como el modesto aporte que hacemos a las letras jurídicas de Colombia, y especialmente a las de nuestra cara Facultad que despedimos como estudiantes en el paso que por ella



dimos en nuestra carrera de juristas.

Aunque la palabra culpabilidad se ha impuesto ya en el Derecho Penal, su significación jurídica no ha logrado unidad conceptual en la doctrina, ni en la jurisprudencia, y como es natural tampoco en los Códigos. Con éste pronunciamiento prevenimos al lector en el sentido de las limitaciones que podamos tener para desarrollar el tema con relación al contrabando.

La doctrina colombiana no se ha ocupado con detenimiento a estudiar el fenómeno de la culpabilidad como elemento subjetivo del delito.

Nuestra posición en éste aspecto va de la mano con el pensamiento más actualizado que en Colombia hay sobre la materia, y así, acogemos, compartimos, queremos desarrollar y aplicar la categoría de la culpabilidad al estudio del delito del contrabando. Por ello somos partidarios de la tesis colombiana según la cual "siendo la culpabilidad un fenómeno no solamente predicable del hombre mismo, sino, más aún, algo atinente a su particular modo de ser frente al ordenamiento jurídico-penal, resulta pedantería inútil desconocerle su raíz psíquica; separar la acción y concretar la acción antijurídica de quien la ha concebido y puesto en ejecución dentro del mundo de la naturaleza, es arbitrario e ilógico porque la una está indisolublemen

te al otro como su proyección natural²⁰. Pero prevenimos para evitar confusión, que la culpabilidad, para el estudio que hacemos, es una entidad sustancialmente jurídica y no un problema de psicología. Consecuencialmente el concepto de culpabilidad que nos interesa, "la esencia de lo culpable radica en el hecho de que el agente, estando obligado a actuar conforme a derecho, y pudiendo hacerlo se comporta ilícitamente, y pensamos que por eso su acción es reprochable"²¹, pensamos además, con respecto al delito de contrabando, y en defensa y sustentación de nuestra tesis, o sea la responsabilidad en el contrabando, que si ese sujeto agente no pudo ajustar en alguna conducta su comportamiento a la norma que lo incrimina por causas que justifiquen su conducta, y luego así se le condena, es porque estamos frente a la responsabilidad objetiva.

En primer lugar, la conducta es o se incuba en el psiquismo de la persona y es una verdadera disposición del ánimo en la cual las esferas intelectivas y volitivas de la personalidad se orientan hacia la realización de una conduc

²⁰ REYES ECHANDIA. Culpabilidad. Op.Cit., p.39.

²¹ Ibid., p. 40.

ta que resulta típica y antijurídica. Pero la esfera intelectual tiene un momento clave que le interesa al Derecho Penal: el momento cognoscitivo. Este es el punto de partida de la fase interna o psíquica donde se gesta la conducta del sujeto. Es éste el punto a esclarecer y determinar en el juzgamiento de una conducta para imputarla, o referirla a un sujeto agente o autor y decir que ese comportamiento típico y antijurídico le pertenece, es suyo, porque ha comprobado que esa conducta es suya y reúne los elementos de antijuridicidad y tipicidad, la conclusión es que ese sujeto es reo de tal o cual delito. Es ésta la coordinada que seguiremos con respecto al delito de contrabando en nuestro afán de demostrar porque no obstante que un sujeto adecúa su conducta a la descrita como contrabando, en la integración del delito faltan algunos elementos para poder decir que es totalmente suya la conducta ilícita y reprochársela para luego más tarde condenarlo con la imposición de la pena respectiva.

Cuando la voluntad conciente del sujeto se orienta hacia el fin típicamente antijurídico (en nuestro caso contrabandear) surge el fenómeno del dolo, pero cuando se encamina a un fin penalmente indiferente, pero en el desarrollo de los medios viola el deber de cuidado que le era exigible, surge la culpa, así dolo y culpa no se dispersan hacia otras esferas dentro de la teoría del delito sino que permanecen dentro del fenómeno o elemento de la

culpabilidad como factores esenciales de ella. De manera que la conducta delictuosa hay que predicarla, referirla, decir que es suya, imputarla a su autor o bien a título de dolo ó bien a título de culpa.

Cuando una persona ejecuta una conducta (suponemos en plena normalidad psíquica), la orienta a la conducción de un fin, así, el sujeto agente que ejecutó una conducta con pleno conocimiento de su ilicitud, su fin pudo ser un lucro, un beneficio, etc., pero adecuó su comportamiento a la norma descrita como típica y antijurídica, en forma dolosa, si no existía justa causa o circunstancia para obrar, así, con lo cual se hace reo.

Como lo vimos antes en el delito de contrabando hay dos conductas por lo general ejecutadas sobre la mercancía: omitir el pago de los derechos que gravan dicha mercancía, y luego, el otro momento conciente y consistente en introducir la al país, guardarla, transportarla, etc., es decir, ésta omisión tiene que ser conciente del fin que se persigue, con lo cual se estructura la conducta en su elemento psíquico, pero con consecuencias jurídico-penales. Pero en el delito de contrabando la decisión conciente de tal omisión no aparece en una conducta (transportar mercancía espúrea) pues se realizó antes por muchos agentes otras veces, pero la mercancía sigue su círculo económico, realizada en las diversas actividades comerciales. Si andán do tal mercancía espúrea comunica ilicitud en el comporta

miento, conducta, o actividad subsiguiente, surge un problema: saber si esa mercancía entró legal o ilegalmente al país, y si se llenaron los requisitos legales o reglamentarios. Como vemos aquí, la culpabilidad se volatiliza y no es fácil de determinar. Ello porque en la gran mayoría de los casos las transacciones comerciales exigen tal celeridad que el sujeto que participa en la actividad del mercado (v.gr. el que la compra al que la introdujo, y luego aquel la transporta o contrata para su transporte) no puede, y ello es menos que imposible hacerse a la prueba de que tal o cual mercancía cumplió los requisitos previos de su trámite para que esa mercancía se dé al lícito comercio.

Doctrinariamente se tiene que en el dolo están presentes dos aspectos fundamentales: uno cognoscitivo o intelectual y otro volitivo. Con respecto al aspecto cognoscitivo del dolo, para que pueda existir en éste momento el dolo, es necesario que el agente tenga conocimiento de los elementos que integren el tipo y le comuniquen antijuridicidad a la conducta suya que se subsume en aquel tipo o norma penal, particularmente de los ingredientes normativos, de los aspectos circunstanciales exigidos. Cuán difícil será entonces encontrar el dolo en el delito que tiene, no su antijuridicidad en la conducta actual (la suya del agente), sino en otra conducta precedente y la cual recayó como en el contrabando en la mercancía que sigue su circuí

to económico en el comercio, porque a nuestro modo de ver la tipicidad y la antijuridicidad de muchas conductas de contrabando, está no yá en la que el agente subsiguiente desarrolla, sino en la inicial, la del primer agente que introdujo la mercancía sin el lleno de los requisitos legales. Tal evento nos lleva a un planteamiento: sólo la conducta inicial puede imputarse a título de dolo a quien la comertió. Las operaciones o conductas subsiguientes de los sujetos en el circuito económico se desplazan a dos polos con respecto a quien sigue tal circuito económico de la mercancía:

- 1o) O ese sujeto subsiguiente no es imputable por desconocer el carácter ilícito de la mercancía , o bien,
- 2o) Conociendo su procedencia, continúa el circuito económico de la mercancía espúrea.

Con lo anterior, demostramos que la modalidad culposa en las conductas de contrabando no existe, y que por el contrario el reo se halla frente a las causas de exclusión de la responsabilidad. A ello se reduce el galimatías del contrabando culposo, que no es más que una forma de la proscrita responsabilidad objetiva que sigue vigente en Colombia y se campea con impunidad en el Estatuto Penal de Aduanas.

Conviene consignar aquí, aunque sea muy someramente uno de los puntos discutidos por la Comisión Redactora del Es

tatuto Penal Aduanero y los criterios que sobre responsabilidad en materia de dolo se debatieron, y que a nuestro modo de ver inspiraron las normas actuales sobre responsabilidad.

"La Tesis de que el Estatuto que se haya de redactar consagra una presunción de responsabilidad, ha sido expuesta por el Doctor Restrepo Campo, y son dos los argumentos que trae para sostener su posición. El primero es, que una presunción de responsabilidad en materia de contrabando resultaría muy eficaz para combatir ese ilícito, y el segundo, que la investigación penal aduanera adolece de múltiples deficiencias para establecer de manera directa la responsabilidad penal"²². (Acta No. 22 Febrero 18/69).

En la misma Acta el Dr. Reyes Echandía manifestó que:

La presunción de responsabilidad destruye el principio universal de que la inocencia se presume y la responsabilidad se prueba. Este principio (presunción de inocencia) hoy es un axioma jurídico penal y ha sido aceptado en normas de carácter internacional y acogido por casi todas las naciones del mundo*, y afirma su tesis trayendo

²² GOMEZ, R., ESTRADA VELEZ y RESTREPO. Código Estatuto Penal Aduanero. Edit. Pequeño Foro. Medellín, 1972. p. 149.

* Ibid., p. 150.

a colación el numeral 10 del Art. 11 de la Dec. Universal de los Derechos Humanos y el Art. 27 de la Constitución Italiana que establece: "el imputado no puede ser responsable antes de la sentencia".

Y prosigue el citado tratadista:

La consagración de una presunción de responsabilidad en primer lugar, no va a acabar con el contrabando, pues las que han sido consagradas hasta hoy no han acabado con esa actividad; en segundo lugar la consagración de la presunción de responsabilidad implica, como ya lo hemos anotado, el que se acepte la presunción de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; en el tercer lugar, ésta consagración contraviene principios no solo doctrinarios sino normativos de carácter internacional a los cuales ha adherido el gobierno colombiano... Pero el problema de la presunción (del dolo) se desplaza no al dolo en forma directa, sino al dolo a través de la conducta, por ello es que algunas legislaciones, como la de El Salvador consagra la presunción no del dolo sino de voluntariedad de la conducta. En efecto, la disposición en el Salvador; las acciones u omisiones penadas por la ley se refutan siempre voluntarias... porque la voluntariedad se está refiriendo a uno de los dos momentos del dolo, que como es sabido, son el momento cognoscitivo y el momento volitivo; el momento cognoscitivo, (a nuestro modo de ver es el momento fundamental en el delito de contrabando y desde el cual debe empezar a buscarse la culpabilidad del agente y establecerlo nítidamente con los medios probatorios adecuados y pertinentes) hace relación al conocimiento que el agente debe tener de la antisocialidad de la conducta y de los elementos que conforman el ilícito respectivo; y el momento volitivo está referido al querer realizar un hecho que el agente sabe bien que es ilícito. De manera que no es sólo el momento volitivo lo que integra el dolo* (Acta#22).

* REYES ECHANDIA. Op.Cit., p.153.

Los anteriores planteamientos del Dr. Reyes E. nos sirven de fundamento ésta vez a nuestra tesis sobre la responsabilidad en el contrabando. Para nosotros, en las conductas subsiguientes a una inicial que inicia el circuito económico de la mercancía en el contrabando sobre todo en el denominado contrabando culposo de segundo grado, el momento cognoscitivo es el determinante de la voluntad en la conducta. Un ejemplo podría ayudarnos a aclarar lo relativo a los dos momentos para reforzar el puntal que cimenta nuestra tesis en lo concerniente al dolo como elemento de culpabilidad. Yo tengo cópula carnal con una joven, quien por su apariencia externa revela tener más de 15 años, y quien por demás presenta su consentimiento. De acuerdo con la tesis, que el dolo es sólo voluntariedad, y es éste uno de los soportes de la teoría de la responsabilidad objetiva, debería condenármese por corrupción de menores, pues la ley "Art. 326 C.P." estipula que las relaciones sexuales con mujer menor de 16 años constituye delito, pero es evidente que me faltó un elemento cognoscitivo, pues yo entendía que la mujer tenía más de 16 años. Nadie negaría que la conducta mía fué voluntaria, pero faltó el conocimiento sobre el cual se montó mi error esencial de hecho (Art. 23 D.P.) que me exime de culpabilidad, pues es el momento de la cópula carnal-y ésto no se le ocurre a nadie- se solicita un registro de nacimiento.

Para el caso de contrabando, en una conducta de las increí

minadas como culposa de segundo grado (transportar, poseer, etc.) sucede lo mismo, pues ya no es dable tener conocimiento de que la mercancía era de procedencia espúrea toda vez que no se le pondrían de presente los documentos, sobordos, manifiestos de aduana, etc., que ampararían la mercancía, máxime si ésta fué introducida al mercado sin ser llenados los requisitos legales.

Conviene entonces que los máximos organismos encargados de elaborar jurisprudencia, doctrina y legislación tengan en cuenta éstas circunstancias que hemos anotado y se elabore con respecto al delito de contrabando una teoría sistemática, y sea claramente determinada en ella éste aspecto de la conducta en las dos fases del dolo (cognoscitivo y volitivo), para poder tener mejores patrones en la búsqueda de la culpabilidad y por ende de la responsabilidad del reo.

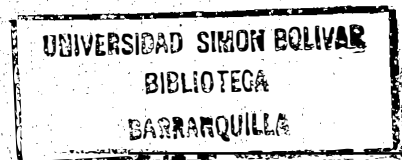
De manera que nos atrevemos a plantear que el problema de los elementos subjetivos en el delito de contrabando debe ubicarse dentro de la tipicidad y no dentro de la antijuridicidad como sucede actualmente, pues si no se tiene el conocimiento de que la mercancía es espúrea, el comportamiento del agente es excusable, es justificable, ya que en el delito de contrabando lo que prima es precisamente el conocimiento que se pueda tener en las distintas actividades del mercado -salvo la conducta inicial de quien no pagó los derechos de aduana respectivos, o los

falsificó- de que esa mercancía sea o no sea espúrea. Pasar por alto ésta circunstancia de conocimiento, no determinarla en una conducta imputable al reo, para luego juzgarlo y finalmente condenarlo sin más miramientos de que la mercancía es espúrea, es caer en la responsabilidad objetiva.

Pero los criterios que primaron en la redacción de las normas referentes a la responsabilidad fueron los que determinaban el dolo, fundamentándolo más en el aspecto o momento volitivo que en el elemento cognoscitivo. Así se entiende el tenor del Art. 1º del decreto 955 de 1970, el cual determina que las infracciones descritas allí (Estatuto Penal Aduanero) son dolosas, salvo aquellos casos en los que se prevea expresamente la modalidad culposa. Y ya vimos y demostramos como ésta culpabilidad encubre materialmente profundas raíces de responsabilidad objetiva, sobre todo en las denominadas culposas de segundo grado.

6.4. PUNIBILIDAD.

El principio de la legalidad de los delitos y de las penas -nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege- según la cual la ley, es la única fuente de Derecho Penal ora a lo relativo a la creación del hecho como punible, ya también en cuanto a la respectiva pena debía señalar la la ley. Se estableció dicho principio de la legalidad



como reacción al arbitrio judicial contra los ciudadanos que los lleva a poner sanciones mayores o menores de las señaladas y a interpretar la ley con un criterio analógico para deducir o crear delitos que previamente no habían sido previstos por leyes sustantivas. Para reprimir éste abuso se consagró la garantía penal denominada "legalidad de los delitos y de las penas".

Así el Artículo 26 de la Constitución colombiana está informada de dichos principios al establecer que nadie puede ser juzgado sino de acuerdo a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio. Esto a su vez lo desarrolla el Art. 1º del Código Penal cuando establece que nadie podrá ser condenado por la ley vigente al tiempo que se cometió ni fué sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella.

Pues bien, en éste acápite del presente trabajo consignaremos lo referente a las sanciones con que la norma penal aduanera reprime la infracción. Más las consignaremos para que el estudiante o litigante tenga la noción en su trabajo, de la sanción con que tiene que enfrentarse y abordar en determinado caso una defensa de algún implicado y los criterios reguladores en la imposición de la pena por parte del juez.

En primer lugar, las penas o imposiciones se dividen en

principales y accesorias, siendo las primeras la de prisión, arresto y multa; la de prisión tiene un mínimo de seis (6) meses y un máximo de cinco (5) años; la de arresto va de un (1) mes a cuatro (4) años; la multa va de \$300.00, hasta un valor fluctuante del precio de la mercancía incautada. Cabe anotar que cuando la multa sea impuesta como pena principal y no sea pagada dentro del término señalado en la sentencia, se convertirá en arresto a razón de un (1) día, por cada \$300.00 o fracción.

Son penas accesorias:

- 1o) Prohibición de ejercer el comercio.
- 2o) Interdicción de derechos y funciones públicas.
- 3o) Caucción de buena conducta.
- 4o) Para los extranjeros, expulsión del territorio y será de carácter permanente.

La prohibición de ejercer el comercio conlleva la cancelación de la inscripción en el registro de comercio y la clausura del establecimiento del condenado..

El juez tendrá en cuenta para la aplicación de la pena, además de las circunstancias señaladas en los Art.36,37 y 38 del Código Penal (circunstancias de mayor o menor peligrosidad), el valor de la mercancía objeto de la infracción, el valor de los derechos de aduana y de los demás impuestos que se debieron pagar por aquella, la calidad del funcionario o empleado público de quien realice la infrac

ción o tome parte en ella, siempre que no se hayan previsto como circunstancias modificadoras o como elementos constitutivos de la respectiva infracción. Si el valor del contrabando es o excede de cien (\$100.000.00) pesos, la pena respectiva se aumentará de una tercera parte a la mitad (es decir se agrava) y cuando fuere menor de cinco (\$5.000.00) pesos, se disminuirá en la misma proporción, disminuyéndose también de una sexta parte de la mitad (Art 28, decreto 520 de 1971) cuando el procesado presta una colaboración efectiva para la aprehensión del contrabando y para la identificación y captura de los responsables de la infracción.

Con respecto a la condena condicional (Art. 80 del Código Penal) se siguen los mismos requisitos para concederla, salvo cuando la infracción recaiga sobre armas municiones, explosivos o drogas heróicas.

En materia de prescripción de la acción penal por el delito de contrabando, ésta prescribe en cinco (5) años que empezarán a correr en la forma señalada por el Art. 106 del Código Penal; pero cuando se desconozca la fecha de realización del hecho la prescripción comenzará a correr desde aquella en que se haya aprehendido la mercancía, pero la acción administrativa sobre la mercancía es imprescriptible, ello encuentra su fundamento jurídico en el hecho de que los objetos de contrabando son objetos ilícitos fuera del comercio a cuya posesión no se puede llegar

por la vía de prescripción adquisitiva como lo enseña claramente los Artículos 1519, 1521, 1740 y 1741 del Código Civil; en el concurso de los delitos, las respectivas acciones prescriben separadamente v.gr.: la falsedad de un término y el contrabando que por ella se hizo, en otro término, la pena de multa, por su parte, prescribe también en cinco años, pues es pena principal. Finalmente cabe señalar que la declaratoria de que una mercancía es contrabando se hará en la sentencia y es independiente de la responsabilidad penal del sindicado y de la acción penal o de la pena. (Art. 14 decreto 520 de 1971).

7. EL PROCEDIMIENTO PENAL ADUANERO

Siendo el delito de contrabando una infracción sui-géneris, con características y peculiaridades propias, la jurisdicción especializada encargada el procedimiento y fallo de tales infracciones, su procedimiento es también especializado y se estableció con el fin de agilizar el procedimiento, estableciéndose términos que en comparación con la jurisdicción ordinaria penal, son reducidos, pero notamos en la práctica que hemos tenido en ésta jurisdicción especializada como litigantes y funcionarios, que dichos términos son solo nominales, pues en realidad es común ver sumarios de tres (3) y cuatro (4) años de instrucción, cuando ya casi la acción está por prescribir.

Para el procesamiento de los sindicados por los delitos de contrabando, se siguen dos procedimientos: uno ante el Juez Superior de Aduanas y otro ante el Juez de Distrito Penal; procedimientos diferentes. Así el término de instrucción ante los Jueces Superiores es de 30 días que se cumplía a 60 cuando hay varios sindicados o delitos conexos, una vez vencido éste término de instrucción o perfec-

cionada la investigación, el Juez remitirá el expediente a su fiscal respectivo, quien tiene 15 días para formular uno de los siguientes eventos:

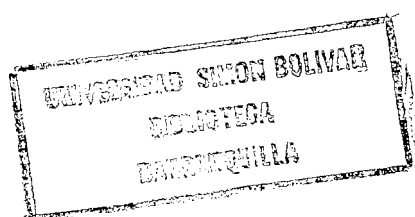
- 1o) Acusación contra el sindicato.
- 2o) Solicitud de sobreseimiento definitivo.
- 3o) Archivo del sumario.

Nótese aquí, que el procedimiento especializado es de naturaleza acusatorio, en el cual el Estatuto Penal Aduanero está más actualizado con relación al procedimiento ordinario que sigue en lineamientos generales un sistema inquisitivo. Cabe observar además, que en jurisdicción Penal Aduanera no existe el sobreseimiento temporal, el cual fué eliminado por la comisión redactora en base al criterio de que ésta forma de calificar el sumario en la jurisdicción ordinaria era fuente de morosidad y de impunidad, pues ya no había interés del Juez ni de las partes en proseguir, de tal manera que el expediente prácticamente y de hecho era así, se archivaba en los anaqueles. En la legislación actual aduanera, el auto de llamamiento a juicio está condicionado en muchos casos al concepto del fiscal cuando su decisión es acusar, pero ésta acusación del fiscal no obliga al Juez. Consideramos que así como en la justicia ordinaria el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad por intermedio del Juez presenta al procesado para que éste se defienda de ellos, en la justicia penal aduanera tal pliego de cargos esta consti

tuido en la acusación del fiscal que adquiere naturaleza jurisdiccional cuando el Juez la acoge, sirviendo de base para la sentencia que teniéndose aquella como acusatoria, ésta será condenatoria (Art. 44, decreto 955/70) Tal acusación debe contener los siguientes puntos:

- 1o) Relación sucinta de los hechos.
- 2o) Identificación del autor o complice.
- 3o) Los elementos constitutivos del delito que resulte de mostrado.
- 4o) El examen probatorio del dolo o culpa con que haya obrado el autor o complice, y
- 5o) La clasificación jurídica de los hechos con indicación de sus modalidades, y cuando se trate de conexidad del contrabando con otro delito.

Su denominación jurídica de acuerdo con el capítulo o título del Código Penal, como vemos ésta acusación delimita el ámbito del juicio y las bases del juzgamiento, con lo que a nuestro modesto parecer, es una impropiedad procedimental, ya que el fiscal se convierte en un funcionario jurisdiccional, desplazando la misma competencia del Juez, pero excepcionalmente el Juez puede dictar el auto de llamamiento a juicio cuando se encuentre en desacuerdo con la solicitud de sobreseimiento, o de archivo del sumario presentado por el fiscal, y en cambio considere el Juez que se reúnen los requisitos del Art. 48 decreto 955/70.



Tales requisitos son los siguientes:

- a) Que en proceso aparezca probado plenamente el hecho previsto como delito.
- b) Declaración de testigos que merezcan serios motivos de credibilidad, o
- c) Indicio grave de que el sindicato ha obrado culposa o dolosamente.

Esta norma merece un comentario: nótese que para llamar a juicio no se requiere que esté acreditado el cuerpo del delito, o para presentar la acusación fiscal, que como dijimos, es lo mismo. Es decir se puede acusar a una persona, llamarla a juicio por contrabando, sin que esté acreditada en el proceso, la existencia de la mercancía que constituye el objeto del delito. Cabe entonces preguntar se: se puede condenar por un homicidio si el cuerpo no se determina por su identificación?, es decir, si no se acredita que la supuesta víctima tenía vida anteriormente?, no se trata de discutir sobre la teoría del cuerpo del delito, en el sentido de que si el delito lo conforman hechos mismos, los medios o las huellas o rastros que dejó. Nó, a nuestro parecer la cuestión del cuerpo del delito es un problema probatorio si no están acreditadas la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la infracción, no se pueden llamar a juicio ni menos condenar en ausencia de tales pruebas. Cuando nosotros nos inclinamos a exigir de que en el proceso debe estar acreditada plena

mente la prueba del cuerpo del delito en el contrabando, o exigimos en base al hecho de que la mercancía debe existir materialmente y estar probada en sus cualidades de peso, naturaleza, medida, posición arancelaria, pues sobre ella ha recaído la acción de transportarla, guardarla, adquirir-la, poseerla, etc., entonces, no se puede guardar lo que no se tiene materialmente, existencia o jurídica mente?, porque el objeto del delito en el contrabando es la mercancía, ésta debe existir y estar probada fehacientemente. Las anteriores consideraciones nos llevan a estudiar, ponerle de presente a las autoridades jurisdiccionales aduaneras, conductas que están siendo juzgadas y condenadas, objetivamente, y que a más de no tenerse muchas veces el nexo subjetivo entre el hecho y su autor, procesalmente se incurre en la falla de juzgar y condenar en base a la ausencia misma de la mercancía, o sea, el objeto del delito de contrabando.

7.1. EL PROCESADO Y SU CONDUCTA.

Casos como los que a continuación relatamos y en los que vimos las fallas legislativas y doctrinarias anotadas, nos llevan ahora a demostrar como se procede en el encausamiento penal aduanero aplicando la responsabilidad objetiva, porque ya vimos las implicaciones y derivaciones que esta clase de responsabilidad tiene en lo referente a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como su punibilidad

restándonos por escudriñar el vehículo en que se transporta la responsabilidad objetiva: el procedimiento en su juzgamiento e instrucción y la prueba de tal conducta inculpada como contrabando.

En el sumario contra N.N., por presunción de contrabando, se abrió la respectiva investigación; la mercancía encartada había sido fraudulentamente mostrada al público como foránea, aplicándole a camisas, sweaters, pantalones, eslabos, la etiqueta Made In U.S.A., Made In China, dándole de hecho una apariencia extranjera en la fabricación siendo manufacturada con telas nacionales, con operarios nacionales, locales y maquinarias, un taller de confección locales.

El comerciante de marras, quiso a través de ese mecanismo, de explotar el sentimiento de animaversión, duda y rechazo a los productos nacionales que hay en nuestro medio por considerar que el producto nacional es imperfecto, de mala calidad, y por el contrario la idolatría que se tiene por todo lo que lleve una marquilla extranjera. El susodicho comerciante "contrabandista" a primera vista, adecuaba una conducta y convertía una mercancía en actividad y objeto ilícito: transportaba, vendía, daba en depósito, etc., "mercancía de contrabando".

Aprehendido el cargamento y el sindicado, investigados los hechos, instruido el sumario, fué presentada acusación fis

cal. Juzgado, fué condenado con la imposición de la pena respectiva, o sea, prisión, rematada la mercancía, etc. Aquí en éste evento, al que no puede motejarse de algo excepcional, fallaron los lineamientos doctrinarios, jurisprudenciales y aun legislativos del derecho penal aduanero. De qué manera?, véamos:

7.1.1. Tipicidad.

No siendo la mercancía de contrabando sino nacional en su totalidad, (aún las propias etiquetas con la sigla Made in China), entonces, transportarla, almacenarla, enajenar la, darla en depósito, no constituía ninguna conducta típica pues aquí la mercancía en el delito de contrabando es lo que comunica ilicitud a la conducta. Mal puede entonces, como lo hace el Estatuto Penal Aduanero, pedir como requisito para llamar a juicio, presentar acusación fiscal y luego condenar, que "aparezca plenamente probado el hecho", lease conducta y no exigir la prueba del delito, o sea el objeto sobre el que recae la acción del sujeto. Esta mercancía es la que comunica tipicidad a la conducta y nó la conducta a la mercancía.

7.1.2. Antijuridicidad.

No siendo típico el hecho o conducta, menos podría entonces lesionar o poner en peligro la economía colombiana en

el caso de marras.

7.1.3. Culpabilidad.

Se estableció en consecuencia que la mercancía era "de contrabando", y además, el "nexo" subjetivo entre el autor o sujeto agente y su conducta. Puede ser en éste caso responsable a título de dolo o culpa siendo que la mercancía no era de contrabando.

7.1.4. Punibilidad.

Fué condenado injustamente a 5 años de prisión por una mercancía que solo era ilícita por el propio hecho de contrabandear con etiquetas "made in China" lo que en realidad fué fabricado, vendido y transportado en la nación.

Es entonces temerario nuestro acierto de que en Colombia se aplica la responsabilidad objetiva en la represión del contrabando?. Queda entonces demostrado como los tipos penales aduaneros en muchos casos no son ni siquiera antijurídicos aunque la misma ley los señale, así, menos entonces culpables o punibles.

Otro caso juzgado, condenado, fué el de X.X., "alias Barriga". Este Barriga era ayudante de una empresa transportadora interdepartamental. Su amigo "El Dientes", le encomendó llevarle a un pariente suyo (del dientes) diez car

tones de cigarrillos, éstos sí extranjeros, pero quien compra cigarrillos ya introducidos al país sin el lleno de los requisitos, ¿solicita el manifiesto de aduana que ampara tales cigarrillo? ¿se conoce que la mercancía es de contrabando?; entonces, transportar tal mercancía en los términos del Estatuto Penal Aduanero, es contrabando. El Barriga fué sumariado y condenado por contrabando culposo de segundo grado, no obstante que no conocía la procedencia espúrea, es decir, su conducta se adecuaba al tipo, era antijurídica, pero... culpable?, condenar así, es sencillamente aplicar, como en éste otro caso, la responsabilidad objetiva.

Señalamos éstos casos, porque no son los únicos, sino que son muchos así por el estilo, en los que vemos como en conductas aparentemente incriminadas de contrabando, hay ausencia de culpabilidad, hay ausencia de antijuridicidad, cuando el agente desconoce la procedencia espúrea de la mercancía; porque repetimos, aunque no se nos acepte nuestra tesis, la mercancía en el contrabando es la que determina la tipicidad, su antijuridicidad y el conocimiento o desconocimiento que se tenga sobre la ilicitud hace o nó responsable al sujeto según que éste conozca o nó su procedencia ilícita.

Es inoperante entonces la legislación actual consagrada en el Estatuto Penal Aduanero que monta su represión sobre conductas subsiguientes a la inicial de introducción

al país de la mercancía, pues allí se inicia el circuito económico que desarrolla la mercancía en manos de sujetos en las actividades del mercado subsiguiente.

7.2. LA CUESTION PROBATORIA.

Queremos anotar en éste acápite del presente capítulo, lo referente a la cuestión probatoria como garantía del procedimiento y juzgamiento de los sindicados del delito de contrabando. En esto de pruebas, también falla nuestro Estatuto Penal Aduanero, son pruebas fundamentales en las cuales desde un principio debe buscar la mejor garantía para establecer la responsabilidad del sindicado. Vemos como, por ejemplo, el dictamen pericial es la columna vertebral del régimen probatorio en materia de contrabando. El dictamen pericial (el del aforador) es la columna sobre la cual se le monta el andamiaje jurídico a sustanciar y desarrollar en el proceso penal aduanero; pues al perito al que se ha encomendado la misión de determinar si la mercancía es o no de contrabando. Acontece que como todo dictamen pericial, éste debe ser motivado, pero es del caso que en muchos dictámenes de aforadores solo se lee: "procedencia extranjera", sin determinar de que región o país procede.

"Posición Arancelaria _____",

"Régimen: Licencia Previa, etc. _____",

"Avalúo: \$ _____",

"Clase de Mercancía _____",

Algo así como que el aforador emite su dictamen a verdad sabida y buena fé guardada, o que el aforador y su dictamen gozaran de alguna clase de presunción y su dicho no tenga que ser sometido a las reglas de la sana crítica de todo medio probatorio, lo que conlleva un menoscabo de los derechos y garantías del sindicado del delito de contrabando.

Con relación al testimonio solo son válidos y los de mayor transcendencia jurídica en el proceso, aquellos de los guardas que aprehenden la mercancía, constituyéndose sus testimonios en pilares de la acusación y hasta de la sentencia condenatoria del complemento con los dictámenes periciales de reconocimiento y avalúo de la mercancía por parte del aforador. Cabe anotar con respecto a los testimonios de éstos funcionarios de la aduana (los guardas) que en la práctica y diligenciamiento de sus testimonios, que se incurre en impropiedades reales cuando se trata de la descripción de un sindicado cuando por lo general han transcurrido más de 2 o 3 años, desde que aprehendieron la mercancía, generándose verdaderas fallas, por cuanto que luego de dicho lapso de tiempo es realmente imposible que se puedan retener en la memoria las particularidades físicas del inculcado, dándose eventos de ocurrencia cotidiana que es recepcionando un testimonio en lugares

distintos de aquellos del distrito judicial en donde se aprehendió la mercancía por la socorrida comisión, con lo cual se pierde un elemento valioso en la apreciación y crítica de tales testimonios pues no es el Juez del conocimiento el que practica tal diligencia de testimonio, fallando en cuanto al principio de inmediación de la prueba. Aun en el peor de los casos éste hecho anómalo tiene su explicación y fundamento en que siendo el contrabando una infracción de características y peculiaridades propias, la crítica, producción y evaluación de la eficacia probatoria de los distintos medios de prueba utilizables en el procedimiento penal aduanero también tiene sus particularidades especiales que se salen de los parámetros aceptados y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia penal ordinaria para ir en detrimento de los derechos del sindicado de contrabando. Es una quimera por ejemplo, el término que tienen las partes especialmente el sindicado y su apoderado para impugnar un dictamen de un aforador de aduanas, dándose el caso cotidiano de que tal dictamen permanece en sentencia por los 5 días señalados en el Código Penal Aduanero para que las partes lo objeten o lo impugnen cuando en realidad sigue manteniéndose a lo largo del proceso aquel dictamen la fuerza debida para sustentar una acusación fiscal, o una sentencia condenatoria. Consideramos pues que sería lo ideal que el Estatuto Penal Aduanero estuviera integrado en materia de pruebas, por un ordenamiento completo que sentara y contara con menos va-

cios en éste elemento de juicio del que tiene que echar mano el Juez como son los medios probatorios, para evitar así la remisión a otros códigos cuando en el Estatuto Penal Aduanero no se hace alusión a la materia, lo cual genera muchos errores, es desmedro de los derechos del reo.

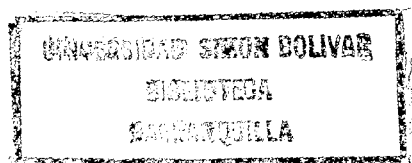
7.3. LA DOBLE MORAL DEL ESTADO EN LA PUNICION Y REPRESION DEL CONTRABANDO.

Consideramos en éste literal, aunque sea someramente, lo que nosotros hemos venido en denominar la doble moral del Estado en la represión y punición de un delito de contrabando, de primer grado. La alusión que hacemos a la doble moral del Estado en la punición y represión del contrabando, la hacemos en base a lo que en nuestra carrera tanto jurisdiccional como litigante pudimos observar con la tolerancia de los "San Andresitos". A éstos centros de recepción de toda clase de mercancías de contrabando confluye la primera fase del proceso o actividad mercantil ilícita. Desde el exterior ante la mirada complaciente, cómplice de los funcionarios encargados de reprimir el contrabando, y no pocas veces en tanta cuantía, que ante éstos sucumben los más elementales principios éticos por vía de soborno y participación. La tolerancia de éstos centros y la represión del contrabando en las circunstancias injustas que hemos descritos a lo largo y ancho de éste trabajo constituye la moral falaz, mendaz del Estado fren

te al contrabando. Para nadie es un secreto que grandes personalidades, dirigentes y gobernantes, son los que inician con la introducción de mercancía espúrea, la primera fase del contrabando, sobre los que debía recaer el peso de la sanción penal, sin embargo, en la actividades de mercado subsiguientes a tal expendio desde los San Andre sitos, donde la jurisdicción penal aduanera aparece y empieza a instruir para luego condenar, cuando luego ya los demás posibles sujetos no hacen otra cosa más que llevar a sus espaldas, con la mercancía que adquieren la responsabilidad penal, de los que introdujeron dicha mercancía.

Estas acotaciones las hacemos pues queremos en todo momento seguir la mercancía en su proceso económico-ilícito desde que entra al país, planteamiento éste que hace parte de nuestra tesis ya expresada: Que la mercancía es la que comunica la antijuridicidad y tipicidad a la conducta en el delito de contrabando. Seguir el curso de la mercancía espúrea desde que entra al país, es el objetivo y dirección metodológica que nos propusimos desde un principio y que creemos haberlo logrado en éste trabajo. Repetimos, la mercancía tiene un momento crítico, génético que determina su objeto ilícito. Ese momento es el instante en que la mercancía traspone la frontera nacional hacia el mercado interior. Algo así como "el pecado original" de la descendencia de Adán y la cual no solo se purga con la muerte según la promoción bíblica. Así, la calidad de espúrea

de la mercancía termina con el remate, cuando entra ya a tener calidad de lícita, terminando allí su nefando recorrido y dejando las consecuencias penales analizadas ya.



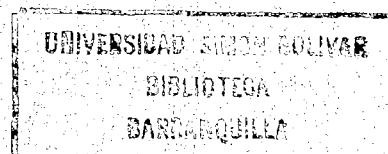
8. RESPONSABILIDAD

Según el Estatuto Punitivo Colombiano (Art. 11 C.P.), todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos que expresamente exceptuados por la misma ley. Esta ley se infringe a su vez por acción o por omisión, es decir, se tiene ante el Estado una responsabilidad legal. Más exáctamente, la norma en cuestión consagra el principio de la legalidad de los delitos, según el cual solo la ley es la fuente del derecho penal, tanto cuando manda y prohíbe, como también cuando impone la pena respectiva. De donde tenemos que responsabilidad es la obligación de sufrir todas las consecuencias penales y civiles del delito. La regla general es que todo el que infrinja la ley penal es responsable. La excepción a ésta regla por vía legal la consagra la misma ley. Ya vimos como las infracciones a la ley (delito) son intencionales (dolosas) o culposas.

Por vía legal, se tiene una responsabilidad frente al Estado (responsabilidad social), pero el art. 12 del Código Penal fundamenta la responsabilidad que la culpabilidad, pues las infracciones de la ley penal le son imputables.

(es decir, referibles a su autor, diciéndose que son suyas tales infracciones) a las personas que gocen de normalidad psíquica a título de dolo o de culpa, pues quienes sean anormales psíquicos al momento de cometer el hecho punible o delito, no son ni imputables ni menos responsables.

Entonces, tenemos que responsabilidad es la obligación de sufrir las consecuencias (jurídicas y materiales) penales y civiles del delito que a su vez, es una conducta típica, antijurídica y culpable. Recapitulando, una conducta es típica cuando su realización se adecúa a la hipótesis descrita en la norma penal como delito, es decir, -cuando la conducta del sujeto- actor reproduce la señalada en la respectiva disposición penal. Pero en ésta reproducción intervienen por parte del agente o autor del hecho, factores de orden material por un lado y factores de orden psíquico por el otro. Los primeros son los actos, hechos, comportamientos, medios físicos o instrumentos con que se actúa en determinado momento y que son perceptibles por los sentidos o sea perceptibles sensorialmente. Los segundos llamados también factores o elementos subjetivos del delito son aquellas circunstancias psíquicas que determinan el comportamiento o conducta típica o sea, las mínimas circunstancias psíquicas que en orden normal impulsan, llevan, determinan a un sujeto a actuar o conducirse típica y antijuridicamente quebrantando el ordenamiento jurídico



social por su conducta.

Son esas circunstancias psíquicas mínimas, también perceptibles y susceptibles de ser probadas sensorialmente (pues se coligen de los actos externos del sujeto) las que interesan al derecho penal para poder determinar si el autor es o no responsable de la infracción de la ley penal para en base a ello, imponerle las respectivas penas o sanciones. Pues bien, sobre esas circunstancias psíquicas mínimas es que la ley penal colige o deduce que el sujeto actuó en determinada forma. Circunstancias psíquicas que se han desarrollado científicamente por la psicología y de la cual bebe la norma legal (la norma que consagra la responsabilidad) su esencia, pues una norma legal no es creación abstracta y arbitraria del legislador, sino que éste toma los principios, leyes que rigen los fenómenos y en base a ellos se elaboran las normas, ya de carácter civil, económico, laboral, penal, etc.

Se tiene aceptado, (y es lo que nos interesa en el desarrollo de éste capítulo) por vía de ciencia, por la doctrina y la jurisprudencia más avanzada "que siendo la culpabilidad no solamente fenómeno predicable del hombre, sino más aún, algo atinente o sea particular modo de actuar frente al ordenamiento jurídico-penal, resulta inútil pelearía desconocerle su raíz psíquica; separar la acción y concretamente la acción antijurídica, de quien le ha concebido y puesto en ejecución dentro del mundo de la natura

leza, es arbitrario e ilógico porque la una está indisolublemente ligada con la otra como que es su proyección natural"²³.

Pero es evidente que la culpabilidad en materia de Derecho Penal es una entidad jurídica y no un hecho ni un problema psicológico. Creemos junto con los estadistas de renombre nacional sustentadores de dicha posición, que "la esencia de lo culpable radica en el hecho de que el agente estando obligado a actuar conforme al derecho y pudiendo hacerlo, se comportó ilícitamente; pensamos que por eso su conducta es reprochable"²⁴. Pensamos igualmente con Fontan Balestra, quien a éste propósito dice que: "por culpabilidad se entienden las relaciones anímicas del autor con el hecho y que llevan a que se les reproche"*

Pero, que podríamos pensar en últimas, y para los efectos de éste trabajo, que se entiende por culpabilidad en una noción basada precisamente en las circunstancias psíquicas

²³ REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 39.

²⁴ Ibid., p. 39.

* FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1960. p. 41.

o anímicas aludidas, referidas o referibles a un autor. Podríamos conceptualizar en base a las consideraciones anteriores, que por culpabilidad ha de entenderse la actitud consciente de la voluntad, tomando ésta y predicándola de sujetos normales, que dá lugar a un juicio de reproche en cuanto que el agente actúa en forma contraria al Derecho ya sea por acción u omisión, debiendo y pudiendo actuar conforme al orden jurídico.

Es sobre éste esquema que montaremos nuestra concepción de la culpabilidad para adaptarla al elemento subjetivo en el delito de contrabando. Más, antes de hacer tal adaptación en orden a establecer, porque en el elemento culpabilidad para el delito de contrabando debe atenderse fundamentalmente al aspecto, elemento o momento cognoscitivo de la conducta, aclaremos entonces lo referente a los dos momentos de una conducta incriminada como delito: el momento cognoscitivo y el momento volitivo, dos momentos en la intención (dolo o culpa) del sujeto agente para quebrantar la norma penal aduanera o conducta de contrabando.

Cuando la voluntad consciente del sujeto se orienta hacia un fin típicamente antijurídico, surge el fenómeno del dolo; pero cuando en cambio se encamina hacia una finalidad penalmente indiferente, ésto es, que no le interesa al derecho penal, pero con su imprevisión, impericia o desconocimiento de reglamentos, viola el deber de cuidados y precaución que también le son exigibles por la ley, surge en

tonces la figura de la culpa.

Nos detendremos primero en el dolo, pues el Artículo 10 del Estatuto Penal Aduanero establece una presunción de responsabilidad al establecer que las infracciones al Estatuto Penal Aduanero son dolosas salvo aquellas en que expresamente se halla establecida la modalidad culposa. No criticamos ésta presunción por cuanto nos parece de una rígida desfachatez y pedantería, pues si bien es cierto que una y otra modalidad debe señalarlas la misma ley para que puedan ser legalmente predicables, no quiere ello decir que la ley tenga ningún derecho a presumir lo que el curso de un proceso y en base a la misma realidad material de la conducta se pueda demostrar que no es ni lo uno ni lo otro, ni ninguna de las dos cosas.

Para que en una conducta que abstractamente define o tipifica el legislador como delito puede existir el dolo, por el aspecto cognoscitivo "es necesario que el agente tenga conocimiento de los elementos que integran o forman el tipo dentro del cual se subsume o al cual se adecúa su conducta, de la significación de tales elementos de los aspectos circunstanciales exigidos en tipos básicos o especiales... y el resultado de su conducta lo mismo que de la relación causal entre ésta y aquel"²⁵, es decir la relación

²⁵ REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 59.

causal entre la conducta suya y el conocimiento de que tal conducta es ilícita.

De manera, que a un sindicado del delito de contrabando se le puede exigir que conozca en que consiste el contrabando, y hasta aquí no hay problema. Lo que el Estatuto Penal Aduanero no puede exigir nunca, si así no se colige o deduce de la conducta señalada en el mismo (o sea el Estatuto Penal Aduanero) es que ese sujeto tenga conocimiento de si otro sujeto (el sujeto de la conducta inicial con que se inicia el circuito económico de la mercancía) introdujo la mercancía con el lleno de los requisitos legales o si por dicha mercancía se cubrieron los derechos aduaneros respectivos. Lo contrario, nos lleva a plantear a cualquier tribunal o juzgado aduanero, que estamos frente a lo que los alemanes han denominado "la no exigibilidad de otra conducta conforme al derecho", esto es, que a un sindicado no se le puede exigir otra conducta cuando desconoce la calidad de ilícito de la mercancía. Juzgar y condenar en desconocimiento de éste hecho, pasar por lo alto, y más aún, consignarlo aunque no abiertamente en norma alguna en la legislación como sucede hoy, es sencillamente legislar, juzgar, condenar, sobre la base de la responsabilidad objetiva.

Ya hemos demostrado como el elemento descriptivo normativo del delito de contrabando tiene su núcleo o médula en el hecho de que la mercancía no pagó al Estado los respec

tivos derechos de aduana. Si se pagaron o nó los derechos aludidos de introducción al país, ésto sólo lo sabría quien introdujo la mercancía al país sin el lleno de los requisitos aduaneros, iniciando así con su conducta la primera fase del contrabando. Y no es el caso que siempre ya por la aduana o fuera de ella sin pagar los derechos del Estado, es el mismo sujeto que la almacena, transporta, enajena, etc. Pues aquí ni el Estado ni la ley pueden desconocer que unos la introducen y otros la hacen circular; sólo que los primeros son inmunes en la mayoría de los casos a la ley, y los segundos son lo que cargan con la responsabilidad penal de aquellos.

Abondando más, "el conocimiento vinculado a la conducta típica se orienta esencialmente al verbo que la rige. El sujeto debe saber v.gr. que mata en el homicidio, que se apodera de cosa, mueble ajeno el que hurta... y así en todas las hipótesis legalmente posibles"²⁶; pero en el contrabando debe no ya conocer cual es su conducta, sino que debe conocer cual es la mercancía de contrabando. Por ello resulta ridículo cuando oímos que un guarda de aduana en la aprehensión de la mercancía, y el Juez en el tribunal preguntan al reo: "no sabía que su conducta es un delito?" cuando la pregunta debía ser: "sabía usted que la mer

²⁶ REYES ECHANDIA. Op.Cit., p. 60.

cancia era de contrabando?", obvio es que no nos referimos aquí, ni defendemos en éste trabajo a quien sabia que la mercancía era de contrabando. Por ello nos parece inadecuados a la misma naturaleza del contrabando, algunos tipos como transportar, poseer, adquirir, verbos que alejan de su significación en la mayoría de las veces el elemento cognoscitivo de la conducta, muchas veces la misma realidad práctica nos enseña que no hay intención ilícita en poseer para uso personal, por ejemplo, un artefacto introducido al país como de contrabando.

Constituye doblez y farsa legislativa la del Estatuto Penal Aduanero en el embeleco del contrabando culposo de segundo grado (podríamos aceptar el carácter de culposo en primer grado) y es un encubrimiento a la responsabilidad objetiva. Si estamos o no en lo cierto, traemos a colación la tesis de Raúl Zaffaroni, sobre el elemento cognoscitivo del dolo quien expresa: "lo necesario para el aspecto cognoscitivo del dolo es que todos los elementos del tipo hayan tenido actualidad en algún momento de la etapa interna, con coherencia suficiente para fundar o apoyar la naturaleza típica de la acción"²⁷, lease conducta. Es precisamente donde falla el elemento culpabilidad incrustado

²⁷ ZAFFARONI, Raúl. Teoría del Delito. Citado por Reyes E.

Alfonso En la Culpabilidad. Ep. Cit. p. 61.

en los tipos aduaneros actuales y a los cuales ya hemos hecho referencia ampliamente.

Así las cosas, en el delito de contrabando la responsabilidad debe montarse sobre la culpabilidad, y ésta a su vez de estar basada en el conocimiento (elemento cognoscitivo) que de la mercancía debe tener quien la posee, la dá en depósito, la adquiere, la transporta. Determinado éste conocimiento sobre la mercancía o su desconocimiento en el sentido de si pagó o nó pagó los derechos de aduana, entonces si buscar desde ese conocimiento y ensamblar sobre éste elemento de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad de ésa.

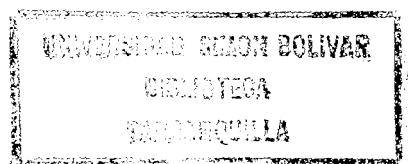
Recalcamos finalmente, que nuestra tesis se cimienta sobre el acerto de que en el circuito ilícito de la mercancía hay dos fases fundamentales y claramente determinadas en las que intervienen los sujetos: una fase inicial de introducción y otras fases subsiguientes de circulación de dicha mercancía en las diversas actividades del mercado en éste delito de naturaleza eminentemente económica.

9. CONCLUSIONES

Acogiéndonos a la metodología académica que en todo trabajo de investigación como el presente, recomienda la inclusión de las conclusiones de autor en base al cuerpo del trabajo desarrollado, consignamos las propias de éste, pero debemos aclarar, que las más prácticas conclusiones y provecho que se pueden sacar de una investigación no son las del autor, sino las conclusiones que saque del trabajo el lector, el estudiante, el Juez, el abogado, el profesor, etc., pues una investigación no concluye en un texto sino en sus aciertos o desaciertos, sus planteamientos y tesis se elaboran para que a su vez se desarrollen otras, y se planteen nuevas hipótesis como contribución de cada estudioso a la discusión del tema o materia en estudio. Queremos que el lector saque sus propias conclusiones y rebata, discuta nuestros planteamientos, pues así es como se elaboran doctrinas, teorías, leyes, después de un largo proceso de esclarecimiento a través de todas las investigaciones posibles que se puedan hacer sobre cualquier materia. Nuestra tesis fué la de aportar la modesta contribución a las letras jurídicas de la Facultad de Derecho.

Hemos tenido limitaciones metodológicas, bibliográficas, etc., con las que debe contar el lector para esgrimir cualquier argumento contrario a nuestro criterio y apreciación en la tesis que proponemos a consideración de los estudiosos del derecho. Nos apartamos en muchos aspectos de la doctrina clásica, la jurisprudencia actual, y de la misma ley, para criticar a lo que éstas tres fuentes del derecho penal tienen sentado con respecto al delito de contrabando, por lo menos lo que nosotros hemos observado, interpretado y concluido. Hemos presentado nuestro propio criterio y lo lanzamos a la luz de la ciencia jurídica, para lo suyo, que en éstos casos es la discusión, la aceptación, el rechazo o el vilipendio de los que no nos comprendan y nos critiquen en términos desobligantes y vulgares.

Seguimos, como pauta metodológica en el estudio realizado, ese camino o circuito económico de la mercancía de contrabando, desde que ingresa al país en forma ilegal, hasta que concluye tal círculo cuando el Estado recobra sus derechos vulnerados con tal comercio de mercancía espúrea. No podíamos fijarnos otra directriz o pauta metodológica, toda vez que el delito de contrabando es una infracción indudablemente de naturaleza económica. Su ratio essentia, radica precisamente en ello, en su naturaleza económica. Su objeto, su materia es entonces la mercancía; ésta no puede perderse de vista nunca en el estudio del delito de contrabando, pues en la mercancía radica la esencia objeti



va del contrabando. En éste sentido, nuestra posición es que es la mercancía la que comunica naturaleza ilícita a la conducta incriminada de contrabando. Y sólo con respecto al círculo o circuito económico-ilícito de la mercancía desde que es introducida ilegalmente por cualquier medio al país hasta que es aprehendida. Pero lo que tratamos no es lo único incriminado como delito de contrabando, pues el circuito económico del contrabando cuando es en la modalidad de la salida del país de la mercancía, no lo abordamos en éste trabajo, pues no estaba en nuestro plan de trabajo ni su desarrollo. No hemos querido ni creemos que se tenga éste modesto aporte como un trabajo que agote la materia. El derecho penal aduanero es más complejo y extenso como para pretender agotar el tema en un trabajo de tesis para optar grado.

Sugerimos el estudio de ésta rama del derecho penal, rica en experiencias, teorías, doctrinas, leyes, jurisprudencia. Por parte de las universidades debe incluirse su estudio en los pensums académicos con más extensión y profundidad que la que actualmente tiene en Colombia, ya que es ésta una de las causas de la escasa bibliografía sobre la materia de legislación penal aduanera.

Señalamos igualmente que una óptica desarrollada en el presente estudio, fué la de confrontar los principios de un Derecho Penal de Culpabilidad (como es el Derecho Penal Contemporáneo) con los fundamentos y principios que infor

man actualmente nuestro Derecho Penal Aduanero en Colombia. Por ello fué que en el estudio jurídico (2a parte de éste trabajo) nos extendimos en el estudio de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el delito de contrabando. Creemos que las más extensas conclusiones de nuestro trabajo se hallan consignadas ya en los capítulos en que tratamos dichos puntos y sería innecesario taerlos de nuevo aquí, y que tales capítulos contienen nuestra posición frente al contrabando en lo respectivo.

Nos alarmó la situación procesal del reo de contrabando, sobre todo en lo tocante a la determinación de su responsabilidad, pues ciertamente nuestra legislación penal aduanera actual hace gala de impunidad e injusticia. Impunidad en cuanto a la más peligrosa forma del contrabando, la que que la misma ley llama de primer grado sobre los sujetos que han realizado conductas subsiguientes a la introducción de mercancía espúrea al país, generandose luego en el juzgamiento y fallo de esas conductas subsiguientes, la aplicación de la abyecta doctrina de la responsabilidad objetiva. Lo repetimos y lo recalcamos pues en ésta falla profunda del Estatuto Penal Aduanero se encuentra la causa de la impunidad y la injusticia que hemos visto. No compartimos el criterio que con respecto al dolo consagra y desarrolla tanto el Estatuto Penal Aduanero, la jurisprudencia y las doctrinas colombianas en el sentido de darle más transcendencia al elemento volitivo del dolo en

el contrabando, sobre todo en el llamado culposo de 1º y 2º grado, pues como hemos dicho en la conducta del contrabando interesa es saber si el sujeto sabía, conocía que la mercancía era de procedencia espúrea, es decir para buscar y determinar la culpabilidad de un sindicado por delito de contrabando, culposo de 1º grado (las modalidades más comunes y cotidianas) debe establecerse al dolo del sujeto, pero en base al momento o fase cognoscitiva, pues de ese conocimiento que se tenga de la mercancía si es o no espúrea, es que se desprende la conducta o elemento volitivo de la infracción, se debe tener entonces en cuenta, para determinar la culpabilidad, más que un elemento volitivo (como se hace actualmente) el elemento cognoscitivo. Sentar la culpabilidad en el solo elemento volitivo del dolo, es rehuir las causas de justificación del hecho (v.gr.: el error del hecho) como eximente de responsabilidad. Pasar por encima de ello, juzgar y condenar en tal evento, es sencillamente aplicar la responsabilidad objetiva, que precisamente o que ocurre actualmente con respecto a la culpabilidad en infracciones como las llamadas hoy (E.P.A.) contrabando culposo de 1º y 2º grado. Esto de culposo no cabe , y como lo estudiamos ya, y lo demostramos, no es más que la mampara tras la que se oculta la responsabilidad objetiva en el Estatuto Penal Aduanero, actualmente, incrustada tal responsabilidad en los tipos mencionados y corroborada por la presunción de dolosas en las infracciones al Estatuto Penal Aduanero. La más recién

te, moderna y acertada teoría sobre la culpabilidad en materia penal recalca el elemento subjetivo de la conducta, teniendo en cuenta si el sujeto se comportó concientemente en su conducta, si se representó el resultado de esa conducta, teniendo en cuenta si con su conducta vulneraba el derecho.

En conclusión, la construcción o elaboración de los tipos penales aduaneros, debe atender en su estructura particular y en todo el conjunto normativo de ellos (E.P.A.) al elemento cognoscitivo y optar por núcleos rectores, basados en formas verbales que expresen más a varias conductas (acciones u omisiones) en las cuales resalte a través del verbo rector del tipo o se dé énfasis al elemento o momento cognoscitivo de dicha conducta.

Sugerimos a la vez como sanción para los llamados delitos de contrabando culposo, especialmente para el 2º grado, sanciones más benignas y la de la confiscación especial de la mercancía junto a la imposición de una multa graduada según la cuantía cuando se demuestra en el proceso que el reo no tuvo conocimiento de que la mercancía era de procedencia ilícita, pues en caso contrario sería un delito doloso en toda su magnitud y en ello no hallamos reparos que hacer al contrabando de primer grado que consagra el actual Estatuto Penal Aduanero. Por ello es que nos parece inadecuado (y en esto estriba mucha injusticia) a la misma naturaleza del contrabando, sobre todo en el contra

bando culposo de 2º grado algunos tipos como transportar, poseer, adquirir, etc.

Proponemos para la elaboración de una teoría sistemática del delito de contrabando en Colombia y una jurisprudencia nacional que unifique jurídicamente la naturaleza de éste ilícito por un lado, y por otro lado, que dicha jurisprudencia se elabore consultando la verdadera dinámica, naturaleza, prospección y consecuencias de delito de contrabando, tanto en lo referente al sindicado como en lo atinente al noble propósito de preservación, auge y desarrollo de la economía nacional en Colombia.

Consultando esos anhelos, una doctrina, jurisprudencia y legislación sobre el delito de contrabando abordará y desarrollará indudablemente las letras jurídicas y nuestra tradición colombiana de un país de leyes, de verdaderas leyes.

BIBLIOGRAFIA

BETTIOL DIRITTO PENALE. Priulla Editore. Palermo, 1958.

DECRETO 955 DE 1970.

DECRETO 520 DE 1971.

FERNANDEZ VEGA, Humberto. Comentarios al Estatuto Penal
Aduanero. Editorial Colombiana Ltda. (Edicolda). Bogotá,
1977.

..... Derecho Penal Aduanero S.C.C.I. Bogotá, 1979.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Editorial Abeledo
Perrot. Buenos Aires, 1960.

..... El Elemento Subjetivo del Delito. Editorial Depal
ma. Buenos Aires, 1967.

GALLI, Leonardo. La Responsabilità Penale Perle Conseguen
ze Non Volute da una Condotta Dolosa. Edit. Giuffré
Milano, 1949.

GONZALEZ, R., ESTRADA VELEZ y RESTREPO. Estatuto Penal Adua
nero. Editorial Pequeño Foro. Medellín, 1975.

IBARRA PARDO M. Gustavo. Código de Aduanas de Colombia.

LEY 21 DE 1977.

MEDINA LOPEZ, Roberto. Nuevo Estatuto Penal Aduanero. Edición Banco Popular. Cali, 1977.

Nieto ARTETA, Luis E. Economía y Cultura en la Historia de Colombia. Editorial Oveja Negra. Medellín, 1972.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal y Procedimiento Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1978.

RAMIREZ P., Arturo. Manual de Derecho Aduanero. Editorial Temis. Bogotá, 1972.

RESYES ECHANDIA, Alfonso. La Antijuridicidad. Edición Externado de Colombia, Bogotá, 1977.

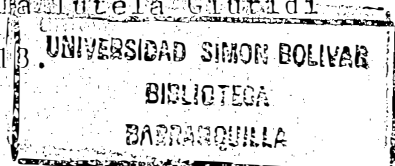
..... La Culpabilidad. Edición Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

..... La Imputabilidad. Edición Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

..... La Punibilidad. Edición Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

..... La Tipicidad. Edición Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

ROCCO, Arturo. L'oggetto del Reato e Della Tutela Giuridica Penale. Edit. U.E.T.T. Turin, 1918.



RUIZ, Servio Tulio. La Estructura del Delito. Editorial Temis. Bogotá, 1978.

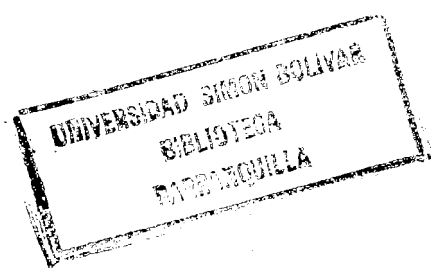
..... Teoría del Hecho Punible. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

SAMUELSON. Curso de Economía Moderna. Editorial Plaza y Janes. México, D.F., 1975.

TIRADO MEJIA, Alvaro. Introducción a la Historia Económica de Colombia. Editorial La Carreta. Bogotá, 1977.

ZAFFARONI, Raúl. Teoría del Delito. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1960.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTEC. A
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA