



El Encubrimiento de Contrabando en los Mercados Informales. *El caso del Mercado Modelo “La Placita” de Posadas Misiones y el tercero adquirente.*

Dr. Alejandro Marcos Gallandat Luzuriaga¹

Dra. Felicitas María Biré Barberán²

**VOCES: DERECHO PENAL – CONTRABANDO – MERCADOS INFORMALES-
LA PLACITA - TERCERO ADQUIRENTE – INFRACCION – DELITO –
JURISPRUDENCIA -**

I.- RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la problemática de los centros comerciales informales que han proliferado en muchas partes del país, en los cuales se venden mercaderías importadas ingresadas mediante distintos tipos de contrabando, y la posibilidad de que un tercero adquirente –cliente- cometa el delito de encubrimiento de contrabando o bien, cuándo la buena fe, podría eximirlo de culpabilidad.

El análisis tendrá en cuenta especialmente el caso del Mercado Modelo “*La Placita*” de la Ciudad de Posadas, Misiones, como caso paradigmático –y quizá uno de los más antiguos del país- de este tipo de actividades que son toleradas socialmente por considerárselas de subsistencia; pero podría extenderse idéntico análisis a otros comercios de similares características que existen en distintas ciudades de frontera, incluso en grandes centros urbanos, siendo quizás el más importante y conocido el de “*La Salada*”, ubicado en el municipio de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

¹ Juez Federal. Juzgado Federal de Oberá Misiones.

² Secretaria. Juzgado Federal Civil, Comercial, Laboral y de lo Cont. Adm. de Posadas, Misiones.

Se trata de una problemática compleja debido a las especiales características de los lugares donde se adquieren los productos y que podrían dar una apariencia engañosa de legalidad para los eventuales compradores, en los cuales además se mezclan cuestiones culturales que no reconocen una actitud reñida con la ley. En ese sentido, se evaluará la escasa jurisprudencia sobre la materia, y el por qué en la visión de los autores, descriminalizar esta actividad abre un peligroso camino a la impunidad y proliferación descontrolada de estas conductas, con el consecuente riesgo de afectación al bien jurídico tutelado.

II.- PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA Y SU COMPLEJIDAD

EL MERCADO MODELO “LA PLACITA” – HISTORIA, CONTEXTO Y FUNCIONAMIENTO

El mercado modelo “*La Placita*” está ubicado en la Ciudad de Posadas, Misiones y fue inaugurado en el año 1962 –aunque funcionaba desde el año 1956-, pensado como un lugar en el cual las y los comerciantes ambulantes, que iban y venían de la localidad fronteriza de Encarnación (Paraguay), comúnmente llamados “*paseras*” o “*paseros*”, pudiesen ofrecer sus mercaderías a la venta. Actualmente funciona en un edificio construido por el Municipio y cuenta con alrededor de 255 puestos o locales que el Municipio concesiona a los **puesteros**³.

Su actividad comercial puede dividirse en dos tipos: por un lado, la **venta de productos regionales, alimenticios, medicinales y autóctonos** de la región, mayormente **artesanales**, tanto del Paraguay como del Brasil, pero también argentinos, por ejemplo: rapadura, miel de caña, frutas, hierbas de todo tipo, verduras, ropa de telas tradicionales como el “ahopoí”, hamacas paraguayas, talabartería, mates, entre otros. Esta actividad no produce mayores inconvenientes en materia legal.

Pero, por otro lado, también se **comercializan mercaderías de origen extranjero**, principalmente juguetes, ropas, electrodomésticos, electrónica, telas, blanquería, bazar,

³DIARIO PRIMERA EDICIÓN, “*Seis décadas de un mercado que creció en base a la solidaridad*”, consultado en [<https://www.primeraedicion.com.ar/nota/227388/seis-decadas-de-un-mercado-que-crecio-en-base-a-la-solidaridad/>; <https://www.primeraedicion.com.ar/nota/100156088/hoy-cumple-63-anos-el-mercado-modelo-la-placita>]

golosinas, cigarrillos, entre otra gran variedad de productos que, en su casi totalidad, son de origen extranjero de los más variados países: china, taiwanesa, brasileña, paraguaya, coreana, etc., **esta última actividad es la que produce una problemática legal y aduanera.**

Los productos importados que se comercializan allí, ingresan -en su gran mayoría- desde el Paraguay al territorio nacional de distintas maneras: a través de pasos no habilitados, utilizándose lanchas y canoas que atraviesan el río Paraná, o bien por el puente internacional *San Roque González de Santa Cruz* que une Posadas (Arg.) con Encarnación (Py). En este último caso, puede ingresar de manera velada en compartimentos ocultos de vehículos de distinto porte, evitando ser detectados; o bien, directamente, con la complicidad de los organismos de control. También pueden ingresar a través las denominadas “*paseras*” o “*paseros*” que mediante distintos medios de transporte: en colectivo, en tren o en moto y hasta caminando, atraviesan diariamente el puente con pequeñas cantidades de las mercaderías en bolsos y mochilas, realizando un incesante **contrabando hormiga**⁴.

Una parte de las mercaderías ingresadas de ese modo pueden estar destinadas a clientes particulares, que previamente compran en comercios de Paraguay – personalmente o de manera virtual o telefónica- y piden el envío a su domicilio. Otra parte de la mercancía tiene como destino los locales de “*La Placita*”, para que desde allí sean ofrecidos a la venta al público en general, que se acercan atraídos por los precios más bajos o la variada oferta de productos que no existen en otros comercios regulares de la ciudad de Posadas.

La mercadería de industria foránea que se encuentra en estos mercados -que podemos llamar “informales” en contraposición a los formales o regulares o que tienen un control de los organismos del Estado-, **carecen de avales aduaneros o de cualquier documentación que acredite el legal ingreso al país**, por lo tanto, se encuentra en infracción a las leyes aduaneras y fiscales. No se tiene conocimiento de la realización de controles respecto de la regularidad de la mercadería ofrecida en los locales que allí funcionan y los comerciantes del lugar exhiben los productos en pequeñas cantidades para

⁴ LIDIA SCHIAVONI, “*Pesadas cargas, frágiles pasos: Transacciones comerciales en un mercado de frontera*”. Tesis con que la autora obtuvo la Licenciatura en Antropología Social en la UNaM, Universidad Nacional de Misiones, Misiones (1993).

evitar que se pueda sospechar la existencia de un delito flagrante. Sin embargo, se habla de que existen lugares y depósitos con stock para reposición o para el caso de que aparezcan compradores de cantidades mayores a las exhibidas.

La actitud de la sociedad hacia *La Placita* es ambivalente, fluctuando entre el rechazo y la tolerancia. Asimismo, las medidas que buscaban legalizar o erradicar esta actividad invariablemente han fracasado y ello obedece a causas económicas que imponen su propia gravitación. Gobiernos de distinto símbolo e ideología, desde su creación hasta la actualidad han mantenido este *status quo* a pesar de las quejas de parte de los comerciantes locales.

Actualmente, es un lugar pintoresco y por sus características socioculturales es considerado también un punto de **interés turístico**, que invita a los visitantes a recorrerla también como un paseo. Sin embargo, esto no borra la imagen de irregularidad y anormalidad que rodea al lugar⁵.

Además de los problemas de infracciones a las leyes aduaneras y fiscales que pudieran ocurrir en los puestos de *La Placita*, y la competencia desleal que genera entre los comerciantes formales e informales, **estos mercados informales provocan un inconveniente adicional, cuando los clientes adquieren las mercaderías ilegales en grandes cantidades para revenderlas**, ampliando el ámbito geográfico en el cual se genera esa influencia negativa.

De ello surgen las siguientes preguntas: *¿Puede un tercero, comprador de esa mercadería que está exhibida en los mercados informales tolerados como La Placita, ser válidamente ser imputado del delito de encubrimiento de contrabando si no se le imputa un delito a quien se lo vendió? ¿Puede alegar desconocimiento del carácter ilegal de la mercadería adquirida y ello generar ausencia de dolo o culpa? ¿Puede decir que la mercadería fue producto de una infracción aduanera y que al no haber un contrabando antecedente no existe por lo tanto encubrimiento del código aduanero?*

Estos interrogantes intentaremos contestar a continuación, analizando previamente los caracteres específicos y diferenciales del encubrimiento de contrabando para luego determinar cuándo y porqué, el comprador de estos mercados informales puede cometer

⁵ DIARIO EL TERRITORIO, “*La placita bastión laboral de varias generaciones*”, consultado en [https://www.eltterritorio.com.ar/noticias/2015/09/27/448838-la-placita-bastion-laboral-de-varias-generaciones]

ese delito, y evaluando las posibles excusas absolutorias que pueden esgrimirse.

III.- LA FIGURA PENAL DEL ENCUBRIMIENTO DE CONTRABANDO

El legislador, inspirado en el concepto de encubrimiento genérico que brinda el Art. 277 del Código Penal, describió en los **artículos 874 y 875 del Código Aduanero (Ley 22.415)** un tipo de **delito autónomo** particular, destinado a sancionar el encubrimiento de los distintos delitos típicos de contrabando, regulando así en forma específica las hipótesis que lo configuran. La principal característica de este tipo de encubrimiento es que **únicamente está previsto para cuando el delito antecedente sea el de contrabando o su tentativa**, tipos penales previstos en los arts. 863 a 873 del Código Aduanero.

El encubrimiento de la ley 22.415 -al igual que el encubrimiento del código penal- es un delito autónomo, que se puede cometer únicamente luego de la ejecución del delito antecedente –en este caso el contrabando- y **requiere que no haya promesa anterior** del agente, pues de lo contrario sería partícipe del contrabando. En este sentido, la jurisprudencia, citando el pensamiento de VIDAL ALBARRACÍN, ha tenido oportunidad de remarcar que *“(…) la autonomía del delito de encubrimiento de contrabando resulta fundamental para evitar que se lo confunda con una forma de participar en el delito. Los hechos de encubrimiento están al margen del proceso de causación del delito. Objetivamente, son posteriores al delito encubierto. Subjetivamente, esos hechos tampoco están vinculados a ese proceso causal, porque su comisión posterior no debe haber sido prometida a los autores del delito antes de ejecutado éste”*⁶.

El **bien jurídico tutelado** es aquí, asegurar el debido funcionamiento de **la administración de justicia**, con la particularidad de que esta figura busca resguardar también en forma indirecta el adecuado, normal y eficaz **ejercicio del servicio aduanero**, entendido este como el control sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías, tutelado a través del **delito de contrabando**, con el cual está íntimamente relacionado. Como corolario de ello, también a través de esta figura se busca proteger el debido contralor que deben ejercer las fuerzas federales: la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeronáutica y Policía Federal Argentina, a quienes la ley otorga de potestades de prevención en las causas por los delitos

⁶ CN PENAL ECONOMICO, sala B, 8/8/2003, “*Quinteros*”, publicado en DJ, 10/12/2003, p. 1081.

previstos en el Código Aduanero.

El **encubrimiento de contrabando** se estructura en función de **4 figuras penales básicas y 2 agravadas**, a las que se suma la disposición del artículo 875 del Código Aduanero, que consagra una **exención** de pena para el caso en que el encubrimiento fuera ejecutado a favor de determinadas personas.

En su **figura básica** la pena prevista por el encubrimiento de contrabando es de **prisión de 6 meses a 3 años**. Pero además prevé la aplicación de **penas accesorias** en el art. 876 a lo largo de sus incisos, que también abarca al contrabando y a la tentativa de contrabando.

Las **acciones típicas** del Encubrimiento de Contrabando consisten en:

A. Favorecimiento Personal (Art. 874, N°1, inc. A): ayudar a eludir la acción de la justicia;

B. Omisión de Denuncia (Art. 874, N°1, inc. B): no denunciar el delito o no individualizar al autor o partícipe cuando estuviera obligado (conf. Art. 177 CPPN);

C. Favorecimiento Real u Ocultamiento (Art. 874, N°1, inc. C): ocultar rastros o pruebas o instrumentos;

D. Adquisición o Recepción (Art. 874, N°1, inc. D): intervenir en cualquier modo en la adquisición o recepción de mercaderías que debía presumir proveniente de contrabando.

La **figura agravada** prevista en el art. 874, numeral 3°, **aumenta en un tercio la pena de prisión (de 9 meses a 4 años)** cuando el encubridor fuera un **funcionario o empleado público o un integrante de las fuerzas de seguridad** o cuando la adquisición o recepción de mercaderías provenientes de contrabando constituyere **una actividad habitual**.

Se **excluye de pena** a los cónyuges, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiere especial gratitud, pero esta exención no rige si se encubre con un fin de beneficio económico o para asegurar el producto o provecho del contrabando (Art. 875 CA).

Es preciso tener en cuenta, que para que se configure el delito de contrabando y el encubrimiento de contrabando, el monto de la mercadería tiene que superar la **condición objetiva de punibilidad** prevista en el Art. 947 del Código Aduanero, actualizado por la Ley 27.340 (B.O. 28/11/2017), la cual prevé que el valor en plaza debe superar la suma

de **\$500.000.-** cuando se trate de mercaderías en general y **\$160.000.-** cuando se trate de tabaco y sus derivados (Art. 877 a 879 C.A.).

Para llegar a cumplir esta condición objetiva, no solo se tiene en cuenta el valor del secuestro efectuado en el hecho que se investiga, sino también si forma parte de un **conjunto mayor de mercaderías** y el conjunto supere esos montos (Art. 949 INC. “A” C.A.). Por otra parte, si el imputado hubiera sido **condenado** por el delito de contrabando, tentativa de contrabando (Arts. 863, 864, 865, 866, 871 y 873) o por infracción de contrabando menor, también constituirá delito, cualquiera sea el valor de la mercadería incautada (Art. 949 INC. “B” del CA).

De no alcanzar el monto previsto en el Art. 947 CA, no se considerará delito sino **infracción aduanera por contrabando menor**, que debe ser investigada a través de un procedimiento administrativo ante el organismo aduanero y que tiene prevista una pena de **multa de 2 a 10 veces el monto de la mercadería**. Esto responde a que el código citado, en su artículo 1026, inciso b), establece la competencia del administrador de la Aduana en cuya jurisdicción se hubiere producido el hecho, en orden a la eventual imposición de las penas señaladas.

IV.- LA ADQUISICIÓN DE MERCADERÍA EXTRANJERA EN EL MERCADOS INFORMALES - EL ENCUBRIMIENTO POR RECEPCION DE MERCADERÍA SOSPECHOSA

1. LA ADQUISICIÓN DE MERCADERÍA EN MERCADOS INFORMALES

Como hemos relatado más arriba, en el denominado Mercado Modelo “*La Placita*” se adquieren mercaderías de origen extranjero (ropa, electrónicos, juguetes, etc.) que en su mayoría ingresaron al país desde Encarnación, Paraguay, sin haber cumplido con los pasos aduaneros pertinentes, es decir de contrabando.

En esos mercados tolerados por las autoridades, muchas personas compran pudiendo no saber que están siendo parte de una cadena delictiva que se inició con el contrabando. Por lo general, una mercadería extranjera que está en plaza debe tener una etiqueta o en la factura u otra documentación habilitante el número del **despacho de importación** que la ampare o que se mencione el mismo.

En la jurisdicción de los Tribunales Federales locales, se han visto casos -cada vez con más frecuencia- donde los imputados por encubrimiento de contrabando declaran haber adquirido las mercaderías incautadas en “*La Placita*”, y que pensaban que era legal, porque lo ofrecían a la vista de todo el público, poniendo en duda la posibilidad de imputarle el dolo específico de este delito.

También las defensas técnicas llevadas adelante por sus abogados manifiestan que no se encuentra probado que dicha mercadería haya ingresado como contrabando pudiendo haber sido ingresada como parte de una infracción de contrabando menor, es decir, sin superar la **condición objetiva de punibilidad** que requiere un monto mínimo según la mercadería (Art. 947 CA), por lo cual no se configuraría el encubrimiento, al no existir el delito antecedente, el contrabando.

2. ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL ABSOLUTORIO

Si bien en la mayoría de los casos, dichas excusas absolutorias son rechazadas por los Juzgados Federales locales, determinada jurisprudencia, en alguna ocasión hizo lugar a las defensas invocadas, abriendo la puerta a una posible tendencia judicial que consideramos peligrosa dado que prácticamente eliminaría la posibilidad de una condena de estas conductas.

Ello ocurrió en un fallo del **Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1** de la Ciudad de Buenos Aires, al fallar diciendo que, si bien no se requiere plena certeza sobre la ocurrencia del hecho condicionante, correspondía absolver a los encubridores por surgir de las constancias de la causa la existencia de un mercado informal –conocido con el nombre de “Mercado Modelo La Placita”- en la ciudad de Posadas, donde habían adquirido la mercadería que, por su carácter no ocasional, pudo formarse por el tráfico de pobladores fronterizos con Paraguay y en violación a ese régimen especial. Los imputados tenían en su poder 1.400 cigarrillos importados sin estampillar, el cual se interpretaba que su origen, aunque ilícito, no era delictivo. Por lo tanto, concluyó el Tribunal que no hubo delito preexistente a los fines del encubrimiento.⁷

Esto pone en evidencia la problemática que plantean en materia penal y aduanera estos mercados informales tolerados y es por ello por lo que consideramos se debe establecer de forma clara cuándo y por qué la adquisición de mercadería en estos

⁷ TOP. ECONOMICO. N° 1, 11/03/93, “*causa 3 Rivada José F. y Natale Alberto J. s/ encubrimiento*”, reg. 13, fs. 33/93.-

mercados informales por un tercero comprador, configura el delito de encubrimiento de contrabando.

A continuación, analizaremos en detalle la caracterización de este delito y su relación del encubrimiento con el delito de contrabando antecedente.

3. TIPO PENAL IMPUTADO

El delito que podría cometer quien compra productos importados sin aval aduanero en los mercados informales, es el tipo de **encubrimiento de contrabando** previsto en el apartado 1º, inciso “D” del artículo 874 del Código Aduanero, denominado como **receptación de mercadería de procedencia sospechosa**. La característica definitoria de este tipo delictivo radica en que, la conducta que lo configura, se endereza a quitar las cosas obtenidas por el delito que se encubre, de la posibilidad que la autoridad pueda localizarlas y recuperarlas⁸.

Los **verbos típicos** previstos en la receptación de mercadería sospechosa son: **1) “adquirir”** que alude a obtener el objeto en carácter de dueño u otro derecho real, cualquiera sea el modo (compra, permuta, donación) o el título (oneroso o gratuito); **2) “recibir”** incluye varias conductas como las de tomar, percibir, admitir, tener, aceptar y guardar, entre otras, de quien se la da o envía por un modo que no importe la transmisión de propiedad u otro derecho real. Por último, **3) “intervenir”** de algún modo en la adquisición o recepción, se refiere a quien intermedia en la realización de tales acciones, que dada su específica previsión ya no se tratará de un partícipe sino un autor. Cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito.

El **objeto** del delito son las **mercaderías**, esto es, cualquier objeto susceptible de importación o exportación (artículo 10 Código Aduanero), “*que debía presumirse proveniente de contrabando*”. En virtud de esta última parte del inciso que incluye la presunción de que el objeto provenía del contrabando, cierta parte de la doctrina sostiene que “*basta, que el encubridor, a modo de dolo eventual presuma que la mercadería proviene del contrabando*”, para que en el caso concreto el elemento subjetivo esté presente⁹. No obstante, otra parte de la doctrina -a la cual adherimos-, opina que **es suficiente con la culpa del agente**. Así Creus señala, que la subjetividad del autor se

⁸ CREUS, CARLOS, Derecho penal... cit., t. 2, p. 357.

⁹ ALSINA, BARREIRA, BASALDUA, COTTER. Código Aduanero Comentado, Abeledo-Perrot, 2011, Bs. As.

conforma sin exigir siquiera, que se haya generado la duda sobre la procedencia, bastando con que **hubiera debido dudar** y no lo haya hecho¹⁰.

Consecuentemente, **el ilícito puede ser tanto doloso como culposo** -según cada caso-, pues será doloso cuando el autor sin tener conocimiento cierto de la procedencia del contrabando de la mercadería dude sobre ello, pero asuma igualmente cualquiera de las conductas típicas, y será culposo cuando en el agente ni siquiera se ha suscitado aquella duda, pese a que las circunstancias lo colocaban ante el deber de dudar.¹¹

Conforme a ello, consideramos que para cumplir con el tipo penal previsto en el apartado 1°, inciso D del Art. 874 CA **basta el obrar imprudente, imperito o negligente**, dado que para su configuración resulta suficiente que el agente haya obrado con culpa, no siendo necesaria la existencia de un dolo directo ni siquiera dolo eventual -aunque si este existe por supuesto, que se encuentra igualmente comprendido en el tipo-.

A diferencia del delito de encubrimiento del Código Penal, donde se prevé la recepción de elementos de procedencia que se podría sospechar proveniente de un delito podría generar un **encubrimiento culposo** con una pena atenuada (Art. 277 inc. 3 CP), en el Código Aduanero, la receptación de la mercadería que se debía presumir -según las circunstancias- proveniente de contrabando, **recibe la misma pena** que quien tuviera un conocimiento pleno de su origen ilegal.

Se podría decir entonces que esta figura **no admite como excusa exculpatoria el error**, es decir, **el no saber que la mercadería provenía de contrabando**, si por las **circunstancias** en las cuales adquirió o recibió esa mercadería, debió presumir el origen ilegal. Las “**circunstancias**” por las cuales se estima que “no podía desconocerse la procedencia de la mercadería” exigida por el tipo legal, han sido determinadas de diversas maneras por la doctrina y la jurisprudencia, siendo la principal **la ausencia de aval aduanero o estampillado fiscal** del producto y la no presentación de documentación que justifique la legal adquisición de la mercadería, pero también en algunos casos se tuvo en cuenta como revelador: **el precio abonado** -cuando es irrisorio o muy menor al de

10 CREUS CARLOS, Derecho Penal, Parte Especial, T 2, p. 360.

11 VIDAL ALBARRACÍN, afirma que se trata de un delito que admite como elemento subjetivo tanto el dolo eventual como la culpa -cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G., “*Problemas de autonomía que plantea un supuesto de encubrimiento de contrabando (artículo 874, apartado 1°, inciso d, del Código Aduanero)*”, en LL, 1995-B, p. 27-.

mercado-, **el lugar** donde fue adquirida –mercados informales o clandestinos-, y **el lugar de hallazgo de la mercadería** en poder del autor –si estaba oculta o acondicionada en espacios subrepticios de un vehículo-, entre otros.

Así se ha dicho que la figura del encubrimiento de contrabando se consuma por el solo hecho de verificarse que el imputado no podía ignorar la procedencia de una mercadería que, a simple vista, no aparece munida de todos los **elementos justificantes de su legítimo ingreso al país**, la **cantidad** del mismo y su **valor**; y ese conocimiento es precisamente el elemento subjetivo que completa la tipificación del delito de encubrimiento de contrabando¹².

Se ha dicho más arriba que **la previa comisión del delito de contrabando**, como delito antecedente, es un presupuesto objetivo de este ilícito, sin embargo, el quid de la cuestión y la dificultad de este tipo penal se centra en determinar si ese delito precedente de contrabando debe probarse y, en su caso, el **grado de acreditación que se requiere** sobre la preexistencia de ese contrabando para que pueda configurarse el encubrimiento. Cierta doctrina opina que si no se puede probar la existencia del delito de contrabando no podrá en el futuro configurarse el delito de encubrimiento, pero ello **no significa que sea necesaria una condena penal** al respecto, así se ha dicho que, cuando el contrabando se encuentra materialmente acreditado y la dificultad reside únicamente en individualizar a sus autores, se debe tener por cumplimentado este recaudo de preexistencia del delito encubierto¹³. Lo que requiere el tipo es únicamente **que exista una presunción fehaciente** de que la mercadería fue efectivamente ingresada en forma clandestina.

Al respecto la jurisprudencia ha resuelto que *“Para tener por acreditado el encubrimiento de contrabando la ley no exige que el delito encubierto en su faz objetiva sea probado indubitablemente, ni que exista dolo directo, bastará con la presencia de otros elementos de juicio tales como precio abonado, vendedor desconocido, inexistencia de facturas, etc. Que unidos crean un marco presuncional sobre el origen ilegal de la mercadería objeto procesal de la causa correspondiéndole al imputado quebrar ese cuadro presuncional.”*¹⁴

¹² CNPE, Sala 3, 05/02/1970, en autos 11.640 –Servido José Nicolás, s/Contrabando.

¹³ Cfr. HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN, *“Delitos aduaneros”*, 2da. Ed., Editorial Mave, p.412.-

¹⁴ TOPE, N°3, *“Frías, Ramiro E. s/ Enc. Contrabando”*, 7/7/94, reg. 81/94.

Es que en materia aduanera, la legitimidad de la tenencia de mercadería extranjera requiere documentación habilitante, por lo tanto, la ausencia de esa justificación genera una presunción de su ingreso ilegal al país que quiebra la duda desincriminante *–in dubio pro reo–* del artículo 3 del Código Procesal Penal. De esta forma se ha dicho también que *“el juzgador deberá analizar las circunstancias del caso (origen de la mercadería, apreciación de su cantidad, valor, lugar, acondicionamiento al momento de su secuestro, ausencia de elementos que acrediten su legal ingreso, dichos de su tenedor, etc.), a efectos de determinar si se presume proveniente de un contrabando y deberá evaluar ambos delitos (contrabando y su encubrimiento)”*¹⁵. En este sentido, si los indicios que rodean el caso hacen presumir que el hecho precedente ha sido un contrabando, ello resulta suficiente para dar por cumplido el aspecto objetivo y también configuran presunciones válidas para tener por cumplido con el tipo subjetivo *–dolo o culpa–* del encubrimiento.

Ahora bien, la cuestión se torna más compleja cuando se tiene en cuenta que, en los puestos informales que se encuentran en mercados como ***La Placita***, la mercadería pudo haber sido ingresada ilegalmente al país a través del denominado contrabando hormiga, por ejemplo una ***pasera*** que al pasar la mercadería no cometió un contrabando sino una infracción de contrabando menor, por lo cual, al no existir encubrimiento de una infracción, el tercero comprador no estaría cometiendo encubrimiento aduanero, justamente porque no existió el contrabando antecedente.

Para la solución de este problema, hay que recurrir al juego armónico de los artículos 947 y 949 inc. “A” del CA, cuando exige que el valor en plaza de la mercadería para ser considerado delito debe superar los **\$500 mil** cuando es mercadería en general y **\$160 mil** cuando se trata de tabaco y sus derivados. Pero aun siendo montos menores a los allí previstos, igualmente será delito si esas mercaderías forman parte de un conjunto que supera dicho monto. Este es el caso del puestero que posee mercaderías cuyo valor es superior a los montos previstos en el tipo penal del contrabando, aunque hayan ingresado al país cometiendo diversas infracciones aduaneras, se configura delito debido a que se unen al conjunto de mercaderías.

En ese sentido, el tercero comprador que a su vez, adquirió también esa mercadería

¹⁵ HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN, *“Delitos aduaneros”*, 2da. Ed., Editorial Mave, p.451.-

cuyo valor es superior al previsto por el Art. 947 del CA, no puede alegar que la mercadería que adquirió no provino de un contrabando precedente sino de una infracción, porque aunque pudo haber ingresado a través dos o más infracciones aduaneras, de todas maneras se configura el tipo penal debido a que el aforo total de ese contrabando hormiga superó el monto previsto en el dispositivo legal.

Aquí también se ha dicho que “...se debe indagar sobre otras circunstancias en relación a su compra, por ejemplo, falta de factura, adquisición a un vendedor ocasional a un precio irrisorio, que de existir nos alejan de la infracción aduanera y refuerzan la presunción de un ingreso ilegítimo de mayor entidad delictiva como es el contrabando. En ese caso, no tiene que probarse la forma o modo de introducción (pudo haber sido clandestino o documentado). Ese cuadro presuncional de la materialidad del delito preexistente, sólo es neutralizable por otras presunciones y no cabe desplazarlo por la mera posibilidad o invocación de que la mercadería ingresó vía equipaje o pacotilla o en diversos actos de ventas independientes entre sí por montos menores”¹⁶.

Es decir, que para que el agente pueda adquirir más de **500 mil pesos** de mercadería o más de **160 mil pesos** de cigarrillos, quien le vendió forzosamente debió cometer contrabando por esa suma por el solo hecho de tener esa cantidad de mercaderías, haya sido a través de numerosos hechos o un solo hecho pero cuyo resultado final es de todas maneras un delito, el delito de contrabando.

A contrario sensu, si el monto de la mercadería incautada es inferior a las sumas previstas en el Art. 947 CA, podrá eventualmente configurarse la tenencia ilegítima como mera **infracción aduanera** (art. 987, Cód. Aduanero). También en ese sentido se ha dicho que “el encubrimiento exige una tenencia que de acuerdo a las circunstancias debía presumir proveniente de contrabando; mientras que la infracción sólo requiere una tenencia injustificada porque no tiene debidamente aplicados el respectivo instrumento fiscal o los medios de identificación, o no se prueba que fue librada lícitamente a plaza” (Vidal Albarracín, op. cit. p. 456).

A modo de resumen, consideramos que no podría excusarse quien compra en un mercado informal como **La Placita**, manifestando que no sabía que la mercadería provenía de un ilícito por estar exhibida en un lugar público o tolerado, a la vista de todos.

¹⁶ VIDAL ALBARRACÍN, HÉCTOR GUILLERMO, “Delitos Aduaneros”, 3ª edición ampliada y actualizada, Ed. Mave, Corrientes, 2010, p. 446 a 448.

El delito de encubrimiento de contrabando por receptación de mercadería sospechosa se configurará cuando estén presentes los siguientes requisitos:

Valor de la mercadería: el mismo debe superar los montos previstos por el Art. 947 CA, de lo contrario configurará una infracción aduanera de tenencia ilegítima de mercadería (987 CA).

Ausencia de documentación fiscal: Ausencia de estampillado fiscal u otra documentación que avale el legal ingreso. Si el comercio, aunque ilegal, le hace entrega de factura o recibo –aún sin detalle del despacho aduanero- podría excluirse el dolo, por la **buena fe** del comprador, al cual, la entrega de esa documentación puede llevarlo a caer en un error de tipo y considerar que la mercadería, aunque fuera extranjera, era legal.

Otros indicios de la preexistencia de contrabando: Se debe indagar sobre otras circunstancias en relación a la compra de las mercaderías que, de existir, nos alejan de la infracción aduanera para acercarnos nuevamente al contrabando, por ejemplo: la adquisición a un vendedor ocasional o informal a un precio muy inferior al del mercado interno y el propósito de lucro con la reventa, lo que puede ser determinado por la cantidad de mercadería en su poder.

Ocultamiento de la mercadería: si el adquirente oculta la mercadería a fin de evitar ser detectada por los organismos de control, claramente ello es un indicio elocuente de que sabía de la ilegalidad de la mercadería.

Finalmente, tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que la repetición de sanciones administrativas por infracciones aduaneras, aunque no superen el monto establecido en el art. 947 CA, también conforman el delito de contrabando y por lo tanto puede ser objeto de encubrimiento.

V.- CONCLUSIÓN

Desde la venta callejera hasta los más organizados centros de venta como “**La Salada**” (denominado el más grande mercado ilegal de Latinoamérica¹⁷), nuestra sociedad tolera muchas de estas prácticas y mercados informales. En Misiones, existe el Mercado Modelo “**La Placita**” y también otros mercados similares –algunos denominados “**Saladitas**”- que han comenzado a aparecer en el interior de la provincia, como por ejemplo en las localidades de Garupá, Candelaria, Puerto Rico, Oberá, entre

¹⁷ DIARIO EL PAIS [https://elpais.com/internacional/2015/03/13/actualidad/1426276499_218087.html].
Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°10 enero/junio 2022-ISSN2683-8788

otras.

El justificativo para tolerar este tipo de mercados es que, de otra manera, las personas involucradas en este tipo de comercio carecerían de alternativas laborales y que el cierre de estos comercios llevaría a nutrir la población de desocupados y a un aumento de la pobreza. Sin perjuicio de ello, la pregunta que se impone entonces es: **¿Dónde colocamos la línea que divide la economía de subsistencia, de la infracción y del delito?** ¿Hasta qué punto debe tolerarse una actividad que es ilegal para evitar la pobreza? ¿No podría decirse lo mismo de otros tantos delitos económicos como el robo, el hurto, la evasión fiscal o la estafa?

Lo cierto es que la existencia de estos mercados configura un problema para la vigencia del **Estado de Derecho**, debido a que por un lado se les exige el cumplimiento de la ley a los comerciantes legales -especialmente de las cargas aduaneras y tributarias- sin embargo, por el otro, se permite a algunos de ellos funcionar en un ámbito de competencia desleal y desigual, fuera de la ley, con la consecuente repercusión de la sensación de impunidad que afecta la contracción al cumplimiento de las normas, conllevando a un resultado de anomia y su consecuente subdesarrollo.¹⁸

Lo óptimo y deseable sería regular la situación de estos mercados, al menos en provincias de fronteras como Misiones, que tiene el 90% de sus límites con Paraguay y Brasil, y localidades como Puerto Iguazú y Posadas, que tienen a solo un puente de distancia ciudades de gran importancia como Foz de Iguazú (Brasil) y Encarnación (Paraguay) respectivamente, sufriendo asimetrías comerciales que favorecen el contrabando y su encubrimiento. En ese sentido se sugirió la posibilidad de un tratamiento especial impositivo y aduanero, como el aplicable a los Free Shops de los aeropuertos o

¹⁸ CARLOS S. NINO, “*Un país al margen de la ley - Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*”, señala que existe una situación anómica cuando un grupo de individuos tienen intereses tales que solo pueden satisfacerse si todos ellos cumplen con una cierta norma, y un grupo significativo de tales individuos no la cumplen. Lo relaciona con generación de niveles bajos de productividad o eficiencia en la sociedad argentina, lo que afectaría al desarrollo de la comunidad local. Nino destaca la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder – incluidos los sucesivos gobiernos-, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales. Todas las explicaciones del subdesarrollo argentino vinculan la involución del crecimiento económico con la inestabilidad política, la que tenía su culminación en los golpes de Estado, que constituyeron la expresión máxima de la ilegalidad argentina.

zonas aduaneras como en Puerto Iguazú según las leyes 22.056, 24.331 de zonas francas, y hasta la reglamentación del artículo 10 de la ley Pyme 27.264.

Mientras tanto se siguen generando situaciones de desigualdad en las cuales se pena al tercero adquirente de la mercadería proveniente de contrabando y no al vendedor de la misma. Es por ello que hay que ver con estrictez el fundamento de esta penalización y únicamente se sostiene si tenemos en cuenta que **no se trataría de un simple comprador de buena fe**, no es un turista que compra un juguete, una zapatilla o una caja de cigarrillos, sino que la sanción penal alcanza al que adquiere una importante cantidad de mercaderías y además incumple la normativa fiscal al respecto, no pide factura ni recibo, **compra para revender y lucrar con eso**, no pudiendo alegar que desconocía su origen, dado que concurre a estos mercados informales donde es de conocimiento público que hay productos extranjeros más baratos que los que se consiguen en otros mercados locales, por eludir los caminos legales de importación. Es un dolo específico de encubrir el delito antecedente y aprovecharse del ingreso ilegal –contrabando- hecho por otro, de allí la **fundamentación de la punibilidad de su conducta**.

El juez, como intérprete de la norma, debe evaluar la consecuencia que sus resoluciones pueden producir, por ello, de considerar que la mercadería adquirida en las condiciones señaladas en el párrafo anterior no configura el delito de encubrimiento de contrabando, conllevaría a que la totalidad o gran parte de los encubrimientos de contrabando que se detectan queden impunes, convirtiendo en letra muerta las normas del Código Aduanero, lo que repercutiría negativamente sobre toda la economía formal del país.

El encubrimiento de contrabando no es un delito secundario o que pueda menospreciarse o considerarse escasamente nocivo dado que coadyuva y es parte fundamental del eslabón que permite y hace rentable la existencia del contrabando a gran escala. Permite que este último corrompa los servicios aduaneros y las fuerzas de seguridad que deben controlarlo (Gendarmería, Prefectura, Policía Federal y hasta Migraciones y el SENASA en determinados casos son afectados). Por ello creemos que la sanción del encubrimiento de contrabando que realiza el tercero adquirente en este tipo de mercados informales, es una necesidad imperiosa a fin de mantener la salud de la economía lícita, de evitar la pérdida de cuantiosos recursos fiscales y, en definitiva, de asegurar el **Estado de Derecho**.