



Carlos Alberto Fernández Muñoz<sup>(\*)</sup>

# La exportación definitiva de **mercancías** y el tipo penal básico de **contrabando**

¿ES TÉCNICAMENTE CORRECTA LA TESIS DE QUE EL MERO CONTROL ADUANERO SEA EL BIEN JURÍDICO EN EL TIPO BÁSICO DE CONTRABANDO?, Y, ¿ES VÁLIDO QUE SE PRETENDA EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* POR DICHO TIPO PENAL SI LA CONDUCTA IMPUTADA VERSA SOBRE UNA OPERACIÓN DE EXPORTACIÓN DEFINITIVA DE MERCANCÍAS?

## 1. Introducción

El tema que motiva el presente artículo guarda relación directa con diversos hechos reales en los que presuntamente se eludió el control aduanero en el ámbito de la exportación definitiva de mercancías y por lo que fueron materia de imputación en sendos procesos penales por supuesto delito de contrabando (tipo básico) que se ventilaron ante el Poder Judicial de nuestro país<sup>(1)</sup>.

Al examinarse la tipicidad de la conducta imputada en dichas causas, la SUNAT (entidad pública dedicada a la administración tributaria y con legitimidad para constituirse en Parte Civil en tales procesos) y el Ministerio Público (titular de la acción penal), invocando una interpretación exclusivamente literal del texto normativo que contiene el tipo básico, postularon que el bien jurídico que se protege con la prohibición del comportamiento descrito en él es el mero control aduanero de mercancías o "conjunto de formalidades que se deben cumplir obligatoriamente en el trámite de las operaciones de comercio exterior", y por lo que concluyeron que la conducta sí era típica en cuanto a dicha imputación.

Es precisamente a partir de lo planteado por la SUNAT y el Ministerio Público en dichos casos, que realizaremos un análisis jurídico-penal con la finalidad de definir una propuesta válida de solución con alcance general en nuestro país para resolver casos en los que la imputación por el tipo básico de contrabando corresponda directamente a operaciones de exportación definitiva de mercancías, y por lo que la materia medular

---

(\*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Véase, por ejemplo, Expediente 5223-2001 (9° Juzgado Penal del Callao) y Expediente 3533-2002 (1° Juzgado Penal del Callao).

## La exportación definitiva de mercancías y el tipo penal básico de contrabando



de este artículo consiste en argumentar nuestra respuesta a dos interrogantes básicas: ¿es técnicamente correcta la tesis de que el mero control aduanero sea el bien jurídico en el tipo básico de contrabando?, y, ¿es válido que se pretenda el ejercicio del *ius puniendi* por dicho tipo penal si la conducta imputada versa sobre una operación de exportación definitiva de mercancías?

Con dicho objetivo, hemos estructurado el contenido del presente artículo en dos partes. En la primera, abordaremos el rol del Derecho Penal en estricta congruencia con los principios de proporcionalidad y mínima intervención y expondremos los alcances del principio de lesividad como condición limitadora del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, así como sus implicancias en cuanto a la tipicidad objetiva del delito. Y en la segunda, recogiendo los aspectos antes indicados,

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD, COMO GARANTÍA LIMITADORA DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO, IMPONE QUE UNO DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL SEA QUE LA CONDUCTA LESIONE O PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE.

interpretaremos el texto normativo vigente en nuestro ordenamiento que contiene el tipo básico de contrabando, haciendo uso de los métodos histórico y de la *ratio legis*, a efectos de identificar el bien jurídico que se protege con la sanción de la conducta descrita en él, y, luego, determinaremos si es que válidamente una operación de exportación definitiva de mercancías puede ser base de una imputación por dicho tipo penal.

## 2. Principio de mínima intervención del Derecho Penal

### 2.1 ¿Cuál es el rol del Derecho Penal?

El Derecho Penal es uno de los instrumentos de mayor importancia para regular conflictos sociales e integra el orden jurídico de un Estado, cuyo objetivo general es proteger la convivencia en comunidad, de tal forma que se afirmen las condiciones necesarias para que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad en un contexto de paz y seguridad, y lo que es congruente con los fines de un Estado Social y Democrático que está dirigido a garantizar la vigencia de los derechos humanos e impulsar el bienestar general.<sup>(2)</sup> Así se menciona cuando "(...) pertenece a las

(2) El artículo 44 de la Constitución Política del Perú, insertado en el Título II "Del Estado y la Nación", señala literalmente: "Son deberes primordiales del Estado (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; (...) y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)".



## Carlos Alberto Fernández Muñoz

tareas elementales del Estado la creación e imposición de un orden jurídico, porque sin él sería imposible la convivencia humana. El Derecho Penal es un imprescindible componente de todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado Social haya asumido un papel de planificación, dirección y oferta de prestaciones, continúa siendo una de sus misiones básicas la protección de la convivencia humana en comunidad, cuyo cumplimiento aparece como presupuesto para cualquier prestación positiva en el ámbito asistencial<sup>(3)</sup>.

Conforme a un criterio utilitarista, el conflicto social relevante para el Derecho Penal está constituido necesariamente por comportamientos que lesionen a terceros, es decir, si es que un comportamiento concreto no afecta a nadie, entonces no estará habilitada su intervención. Las prohibiciones penales deben limitarse solo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros, evitándose la prohibición penal de comportamientos meramente inmorales, y por lo que en aras de la protección de la libertad personal de conciencia y de la autonomía moral, se debe tolerar jurídicamente cualquier acto no lesivo para terceros<sup>(4)</sup>.

Es así que el objetivo específico del Derecho Penal, propio de un modelo garantista, será la protección de bienes jurídicos o valores del orden social (estrechamente vinculada con una función de prevención de aquellos actos prohibidos que puedan vulnerarlos) y que constituye precisamente uno de los límites infranqueables de su intervención: "(...) los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo"<sup>(5)</sup>.

Dado que el Derecho Penal está estrechamente ligado con el *ius puniendi*, cuyo ejercicio implica la más dura de las intervenciones estatales en la esfera de libertad

de las personas, y a fin de garantizarse que su intervención no sea excesiva conforme al principio de proporcionalidad, no todos los bienes jurídicos deben ser objeto de su protección ni tampoco debe prohibirse penalmente cualquier acto que los vulnere.

En congruencia con el principio de mínima intervención, el Derecho Penal protegerá únicamente aquellos bienes jurídicos que sean esenciales o fundamentales para el desarrollo integral de la persona en comunidad (siendo uno de los criterios relevantes para identificar tal importancia social el hecho de que estén reconocidos constitucionalmente), pero interviniendo sólo en caso que el Estado no disponga de otros medios de menor costo social para proteger eficazmente tales bienes (derecho civil, derecho administrativo, etc.). En efecto, "el Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. -. Por ello se denomina a la pena como "última ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésta no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal"<sup>(6)</sup>.

La doctrina penal nos proporciona una interesante clasificación de los bienes jurídicos-penales, dependiendo si están

(3) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Cuarta Edición, Granada: Comares, 1993. p. 9.

(4) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995. pp. 464-465.

(5) ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 56.

(6) *Ídem*; p. 65

## La exportación definitiva de mercancías y el tipo penal básico de contrabando

relacionados con las bases de existencia del sistema social o con su funcionamiento: (i) Sin los bienes referidos a las bases de existencia, el sistema social no podría existir (vida, salud individual, libertad, etc.); y, (ii) Sin los bienes que están conectados con su funcionamiento, no se garantizarían las condiciones para que sean viables los que están en la base de existencia del propio sistema social. Estos últimos a su vez se subdividen en: (ii.1) Los que tienen que ver con las condiciones imprescindibles para que se den las bases de existencia del sistema, denominados bienes jurídicos colectivos (como por ejemplo, la política de ingresos y egresos del Estado, el medio ambiente, etc.), cuya afectación imposibilitaría el desarrollo de la vida, la libertad, etc.; (ii.2) Los que son necesarios para que las personas puedan interrelacionarse (fe pública, administración de justicia, etc.); y, (ii.3) Los que tienden a garantizar el poder estatal, como es el caso de la seguridad interior y exterior del Estado<sup>(7)</sup>.

### 2.2 Acerca del Principio de Lesividad: sus implicancias sobre la estructura típica del delito

La función específica del Derecho Penal condiciona el ejercicio legítimo de la potestad punitiva en el ámbito penal y por lo que, entre otras restricciones, está habilitado para aquellos actos que vulneren únicamente bienes jurídicos que sean esenciales o fundamentales para la convivencia social, razón por la que están al margen de él todos los comportamientos que sean inocuos para lesionarlos o ponerlos en peligro o que afecten finalidades distintas a dichos bienes.

Este límite para el uso del poder punitivo es conocido como Principio de Lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano vigente<sup>(8)</sup>, el cual forma parte de una amplia gama de garantías materiales y procesales que circunscriben la intervención sancionadora del Estado (legalidad, materialidad del acto, culpabilidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, contradicción, etc.).

En tal sentido, el Principio de Lesividad se convierte en uno de los presupuestos ineludibles de un modelo garantista de Derecho Penal que se caracteriza como un sistema de vínculos al poder penal del Estado en resguardo de los derechos de los ciudadanos: "(...) tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario, y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar (...) degradados a la categoría de (...) ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionen bienes no esenciales (...)"<sup>(9)</sup>.

Dado esto, es imprescindible que el Principio de Lesividad integre la base de la Teoría del Delito (al igual que el principio de legalidad, materialidad del acto, etc.) cuyo objeto es verificar si se cumplen o no los presupuestos para requerir de la autoridad jurisdiccional una respuesta que habilite válidamente el uso del poder penal<sup>(10)</sup>. Por ello, y tomando en cuenta que el tipo penal describe la conducta preliminarmente prohibida que puede ser objeto de sanción<sup>(11)</sup>, el Principio de Lesividad impone como uno de sus elementos objetivos, que la conducta lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado penalmente pues es señalado que "(...) ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien

(7) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Segunda Edición. Barcelona: Ariel, pp. 5-6.

(8) El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991 (vigente) indica: "La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley."

(9) FERRAJOLI; *Op. cit.*; p. 479.

(10) ZAFFARONI, Eugenio y otros. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 284.

(11) Indicamos "preliminarmente prohibida", pues el tipo penal sólo es un indicio del injusto y por lo que la configuración definitiva de la prohibición se da sólo si adicionalmente se constata la falta de causas que excluyan el injusto (inconcurrencia de causas de justificación).



Carlos Alberto Fernández Muñoz

jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo (...) principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro (...)”<sup>(12)</sup>.

### 3. El bien jurídico en el tipo básico de contrabando

#### 3.1 ¿Sistema de recaudación de tributos o mero control aduanero?

El tipo básico de contrabando está previsto actualmente en el artículo 1 de la Ley 28008 -Nueva Ley de Delitos Aduaneros-, publicada el 19 de junio del 2003, cuyos antecedentes normativos inmediatos los encontramos en el artículo 1 de la Ley 26461 -Ley Especial sobre Delitos Aduaneros- del 08 de junio de 1995 y en el artículo 262 del Texto Original del Código Penal de 1991<sup>(13)</sup>.

Contrastando los citados artículos en cuanto al tipo básico de contrabando, podemos verificar que en el texto normativo actual (artículo 1 de Ley 28008) se describen expresamente circunstancias específicas de elusión al control aduanero (sustracción de mercancías a la acción de verificación de la aduana, no presentación de ellas para su reconocimiento físico de aduana, etcétera), a diferencia de los enunciados inmediatamente anteriores (artículo 1 de Ley 26461 y artículo 262 del Texto Original del Código Penal de 1991) que hacían

tan sólo una referencia genérica a la conducta consistente en eludir el control aduanero o fiscal. Asimismo, todos los dispositivos antes indicados contienen en común un elemento cuantitativo para efectos de la configuración del tipo básico de contrabando, consistente en exigir que la mercancía objeto de delito supere un valor determinado.

A fin de identificar cuál es el bien jurídico tutelado penalmente en nuestro ordenamiento mediante el tipo básico de contrabando, no basta una interpretación meramente literal del texto normativo vigente que lo contiene para determinar su significado, sino que es estrictamente necesario aplicar el método histórico de interpretación para establecer cuál es la finalidad de dicho texto y el método de la *ratio legis* para distinguir su razón de ser intrínseca, en congruencia con los principios de mínima intervención del Derecho Penal, proporcionalidad y lesividad.

#### 3.1.1 Método Histórico

En aplicación del método histórico de interpretación<sup>(14)</sup>, podemos determinar que la finalidad del texto normativo que contempla

(12) ZAFFARONI, Eugenio. Derecho Penal: Parte General. : Ediar. Segunda Edición. Buenos Aires. 2002. pp. 128 y 491.

(13) A diferencia del Texto Original del CP de 1991, las citadas Leyes Especiales incluyen normas sobre la investigación y procesamiento de los delitos aduaneros (contrabando, defraudación de rentas de aduanas, receptación, etcétera), así como sobre las infracciones administrativas. Adicionalmente, cabe precisar que mediante la Ley 28008 se consagran nuevas modalidades ejemplificativas de los tipos básicos de contrabando y defraudación de rentas de aduanas, se describen nuevas circunstancias agravantes, se regula expresamente el tipo penal de tentativa para los delitos aduaneros, etcétera.

El artículo 262 del Texto Original del Código Penal Peruano de 1991, indicaba: “El que, eludiendo el control fiscal, ingresa del extranjero o extrae mercancías del territorio nacional, cuyo valor sea mayor de diez remuneraciones mínimas vitales, será reprimido con (...)”.

El artículo 1 de la Ley 26461 indicaba: “El que eludiendo el control aduanero ingresa mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional, cuyo valor sea superior a cuatro unidades impositivas tributarias, será reprimido con (...)”.

El artículo 1 de la Ley 28008 indica: “El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con (...) La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación.”

(14) Mediante el método histórico de interpretación, se busca identificar la finalidad del texto normativo recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a éste (fundamentaciones de los proyectos legislativos, partes considerativas de los textos normativos, el contraste entre el texto normativo a interpretar y sus textos precedentes, etc.).

## La exportación definitiva de mercancías y el tipo penal básico de contrabando

el tipo básico de contrabando es proteger la recaudación de tributos por parte del Estado mediante el control aduanero de mercancías (estrechamente vinculada con la política económica del Estado que comprende no sólo una función recaudadora de ingresos sino también de realización del gasto público), toda vez que:

1. En el Texto Original del Código Penal de 1991 (antecedente normativo), el tipo básico de contrabando estaba ubicado sistemáticamente en el Título XI del Libro Segundo que se refería expresamente a los delitos tributarios (al igual que los tipos penales de defraudación de rentas de aduanas y defraudación tributaria).
2. De la Exposición de Motivos del Texto Original del Código Penal de 1991, se desprende claramente que la represión del delito de contrabando respondía a la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias<sup>(15)</sup>; y,
3. Tras revisar el contenido de varios de los Proyectos de Ley que habilitaron el dictado de la actual Ley de Delitos Aduaneros (Ley 28008), se puede corroborar que el objetivo común con la aprobación del texto normativo es proteger la recaudación fiscal en el ámbito aduanero, pues el contrabando en nuestro país ocasiona un enorme perjuicio para la economía nacional<sup>(16)</sup>.

### 3.1.2. Método de la Ratio Legis

Según la normativa aduanera (con la que guarda relación directa la ley penal sobre delito de contrabando), la base imponible para calcular los tributos aduaneros es el valor de la mercadería, asegurándose así que el quantum de la recaudación fiscal sea directamente proporcional a dicho valor.

En atención a ello, y considerando que el tipo básico de contrabando exige expresamente un valor mínimo de la mercadería como elemento objetivo imprescindible para su configuración, se puede concluir en congruencia con el método de interpretación de la ratio legis<sup>(17)</sup>, que la razón de ser del actual enunciado normativo que contiene el tipo básico de contrabando, es prohibir penalmente aquellas conductas con las que se eluda el pago de los tributos aduaneros. Así, la exigencia de que la mercadería objeto de delito tenga un valor mínimo se explica pues cuanto mayor es su valor, entonces mayor es el quantum del tributo burlado y, por ende, mayor es el perjuicio para el fisco nacional.

(15) El numeral 13 de la Exposición de Motivos del Código Penal Peruano vigente, señala: "(...) Los Delitos Tributarios constituyen otra innovación que presenta el nuevo texto punitivo. Constitucionalmente todos los ciudadanos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos (artículo 77). Además, el pago de tributos así como su supresión o modificación y la concesión de exoneraciones y otros beneficios tributarios están regulados por la ley. Por ello, el Código Penal reprime a las personas que realicen conductas constitutivas del delito de contrabando, defraudación de rentas de aduanas, la defraudación tributaria y la elaboración y comercio clandestino de productos."

(16) Así, por ejemplo, en las fundamentaciones del Proyecto de Ley 01333 del 19 de noviembre de 2001 (antecedente de la Ley 28008) se indicaba: "(...) El beneficio de la propuesta se traduce en la percepción por parte del estado de millones de soles que en la actualidad, pierde el tesoro por evasión tributaria a causa del contrabando. No sólo por los bienes que ingresan evadiendo el pago de aranceles, IGV etc. sino además las diversas actividades informales que se derivan. Esto no sólo afecta al tesoro público, sino además debilita a las empresas legalmente constituidas, en razón de que sus productos no pueden competir con los que ingresan de contrabando. Como consecuencia de ello tenemos empresas con graves problemas para asumir sus obligaciones tributarias, otras muchas en reestructuración, etc. Y esto finalmente toda esta situación se refleja en los problemas de desempleo y pobreza en el país y en la menor recaudación por tributos de actividades formales. (...)" Véase: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf>

(17) Mediante este método de interpretación, el sentido del texto normativo se determina en función a su razón de ser intrínseca y que puede extraerse del propio texto o del grupo normativo que le es correspondiente.



## Carlos Alberto Fernández Muñoz

### 3.1.3. Posición Integral

Gracias al empleo de ambos métodos de interpretación, podemos concluir coherentemente que el bien jurídico tutelado en nuestro ordenamiento con la prohibición de la conducta contenida en el tipo básico de contrabando, es el sistema estatal de recaudación fiscal correspondiente al ámbito aduanero y, consecuentemente, la política económica del Estado que integra funciones de recaudación de ingresos y de realización del gasto público (bien jurídico colectivo o vinculado con el funcionamiento del sistema social), lo que explica no solo que sea una entidad de administración tributaria -como la es la SUNAT- la que tenga la legitimidad para constituirse en Parte Civil en los procesos por dicha imputación, sino también que se hayan previsto como circunstancias agravantes del delito que los tributos no cancelados sean superiores a 5 UIT o que el valor de las mercancías sea mayor a 20 UIT (literales f y j del artículo 10 de la Ley 28008, respectivamente).

Nuestra posición resulta compatible con el rol que tiene el Derecho Penal en sintonía con los principios de proporcionalidad, mínima intervención y lesividad (dirigido a proteger sólo los bienes que sean esenciales o fundamentales para la convivencia en comunidad), más aún si en nuestra Constitución se verifica la importancia de la política económica del Estado con la que está estrechamente vinculada la recaudación fiscal<sup>(18)</sup>.

Así, postular que el bien jurídico en el tipo básico de contrabando sea el mero control aduanero de mercancías ("conjunto de formalidades que se deben cumplir obligatoriamente en el trámite de las operaciones de comercio exterior"), sin importar si es que se perjudica o no el fisco nacional, es incorrecto pues:

1. Presupone determinar el sentido del texto normativo que contiene el tipo básico de contrabando vía una interpretación meramente literal de su contenido, sin importar en lo absoluto cuál es su finalidad en función a

sus antecedentes jurídicos ni cuál es su razón de ser intrínseca, que constituyen elementos importantes para identificar a cabalidad su significado.

2. Conllevaría a convertir al Derecho Penal en una instancia más del Derecho Administrativo Sancionador, no obstante que aquél es distinto y autónomo con respecto a éste último, toda vez que el mero control aduanero de mercancías ya está protegido mediante la sanción administrativa de infracciones no-penales (invalidándose así las notas de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal); y, además,
3. Implicaría violar los principios de proporcionalidad y lesividad en virtud de los cuales - tal como ya lo hemos indicado - la intervención del Derecho Penal está reservada sólo para proteger finalidades esenciales y por lo que es ilegítimo invocar el mero control aduanero de mercancías como el bien jurídico en el tipo básico de contrabando, ya que lo fundamental es la recaudación fiscal por guardar estrecha relación con la política económica del Estado.

### 3.2. La exportación definitiva de mercancías y el tipo básico de contrabando

Conforme a lo previsto expresamente en el artículo 60 de la Nueva Ley General de Aduanas - Decreto Legislativo 1053, publicada el 27 de junio de 2008 y que entró en vigencia parcial el 17 de marzo de 2009, en nuestro país la operación de exportación definitiva

(18) Esta posición tiene sustento en la doctrina nacional, así por ejemplo BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, nos dice: "(...) el fundamento último de estas infracciones sigue siendo el incumplimiento de una obligación tributaria, entendida como obligación de contribuir al mantenimiento de los gastos del Estado que pesa sobre todo ciudadano. Esto hace que gocen de un significado esencial en el orden económico, por lo que se le considera también un delito socioeconómico. (...) El bien jurídico protegido es el proceso de ingresos y egresos del Estado, pero referido específicamente a los que percibe el Estado a través del control aduanero de las mercancías. (...)". BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Tercera edición. Lima: San Marcos, 1997. pp. 492-493.

## La exportación definitiva de mercancías y el tipo penal básico de contrabando

de mercancías está inafecta al pago de tributos aduaneros, es decir, al Estado no le corresponde recaudar tributo alguno por concepto de dicho régimen aduanero.<sup>(19)</sup> <sup>(20)</sup>

Así, la exportación definitiva de mercancías es inocua para lesionar o poner en peligro el sistema estatal de recaudación fiscal correspondiente al control aduanero de mercancías.

En consecuencia, es ilegítimo que se pretenda el ejercicio del ius puniendi por el tipo básico de contrabando cuando su imputación se basa en una operación de exportación definitiva de mercancías, pues es imposible la concurrencia de un elemento objetivo del tipo penal consistente en lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado con la prohibición del comportamiento contenido en él. Es decir, la exportación definitiva de mercancías es atípica en lo que se refiere a dicha imputación<sup>(21)</sup>.

### 4. Conclusiones

1. El rol del Derecho Penal, en congruencia con los principios de mínima intervención y proporcionalidad, es proteger únicamente aquellos bienes jurídicos que sean esenciales o fundamentales para la convivencia social, pero habilitando su intervención solo si otros mecanismos

no penales sean insuficientes para brindarles una tutela eficaz.

2. El Principio de Lesividad, como garantía limitadora de la potestad punitiva del Estado, impone que uno de los elementos objetivos del tipo penal sea que la conducta lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado penalmente.
3. El bien jurídico tutelado con la prohibición de la conducta contenida en el tipo básico de contrabando es el sistema estatal de recaudación fiscal correspondiente al ámbito aduanero y, consecuentemente, la política económica del Estado que comprende no sólo una función recaudadora de ingresos, sino también de realización del gasto público.
4. Es inválida la tesis de que el mero control aduanero de mercancías sea el bien jurídico tutelado en el tipo básico de contrabando (sin importar si existe o no perjuicio o posibilidad de éste para el fisco), pues no es compatible con los principios de mínima intervención, proporcionalidad y lesividad, ni mucho menos con la finalidad del enunciado normativo que contiene dicho tipo penal (según sus antecedentes jurídicos) ni con su razón de ser intrínseca.
5. Dado que por mandato legal es una operación inafecta, la exportación definitiva de mercancías es inidónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico del tipo básico de contrabando, y por lo que es atípica en lo que se refiere a éste último. En tal sentido, es ilegítima cualquier pretensión de ejercicio del ius puniendi por dicho tipo penal cuando su imputación está referida a dicho régimen aduanero.

(19) El artículo 60 del Decreto Legislativo 1053 –Nueva Ley General de Aduanas- prescribe explícitamente: “Capítulo I De la exportación definitiva. Artículo 60.- Régimen aduanero que permite la salida del territorio aduanero de las mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo definitivo en el exterior.

La exportación definitiva no está afecta a ningún tributo.”

(20) En el texto original de la anterior Ley General de Aduanas - Decreto Legislativo 809 (publicada el 19 de abril de 1996) y en su modificatoria introducida por el artículo 35 del Decreto Legislativo 951 (publicado el 3 de diciembre de 2004), también se establecía la inafectación de la exportación definitiva de mercancías: “Capítulo III De la Exportación. Artículo 54.- Es el régimen aduanero aplicable a las mercancías en libre circulación que salen del territorio aduanero para su uso o consumo definitivo en el exterior. (...) La exportación de bienes no está afecta a ningún tributo.”

(21) En el supuesto de que se aperture la instrucción judicial o se formalice la investigación preparatoria por el tipo básico de contrabando tratándose de una operación de exportación definitiva de mercancías, el mecanismo de defensa pertinente será la deducción de una excepción de naturaleza de acción o improcedencia de acción invocando la atipicidad de la imputación, conforme a lo previsto en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales y artículo 6.1.b del Nuevo Código Procesal Penal, respectivamente.