



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

**FACULTAD DE HUMANIDADES
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

“LA REGULACIÓN ESPECIAL DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE
TRÁFICO DE MERCANCÍAS PROHIBIDAS O RESTRINGIDAS”

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

KAREN BRIGITTE GUEVARA NINAMAQUE

ASESOR

DR. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

LIMA, PERÚ, NOVIEMBRE DE 2018

DEDICATORIA

A mis padres, Jhonny y Carmen por su amor y comprensión.

A mi hijo Drake, por su amor y motivación que me da para seguir luchando en esta vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas aquellas personas que hicieron posible la elaboración del presente trabajo de investigación, por sus aportes, consejos y asesoramiento constante, especialmente al Dr. Jorge Pérez López, Catedrático de la Universidad Autónoma del Perú; por ser quien con su apoyo me alentó a seguir adelante con dicha investigación.

RESUMEN

Dentro de los ilícitos penales abarcados por la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, se encuentra el tráfico de mercancías prohibidas y restringidas (tipificado en el artículo 8), que consiste en ingresar o exportar del territorio nacional mercadería que está prohibida o sujeta a restricciones. La Ley de Delitos Aduaneros, en su artículo 9, regula la tentativa de manera especial, a diferencia de lo señalado en la parte general del Código sustantivo. Es decir, estos casos son sancionados con la sanción penal mínima del delito aduanero, es decir, ocho años de pena privativa de libertad, y no como se indica en el artículo 16 del Código penal, con la disminución prudencial de la pena, que podría ir incluso hasta límites inferiores al mínimo legal, afectándose la aplicación de lo más favorable al reo.

La presente investigación se centrará en la aplicación del artículo 16 del Código penal y no del artículo 8 de la Ley de Delitos Aduaneros, por considerarse atentatorio de principios del Derecho penal, utilizándose un método documental, pues se realizará un análisis exhaustivo de los documentos, normatividad y jurisprudencia –método descriptivo-, demostraré que la hipótesis planteada se contrasta con la realidad, concluyéndose en su urgente necesidad, proponiéndose incluso la modificación de la ley sustantiva. Se tendrán en consideración los grandes beneficios que traería la materia sujeta a investigación en la actividad jurisdiccional penal, no solo para el imputado, sino también para una administración de justicia eficiente y eficaz; efectivizándose así diversos principios fundamentales del Derecho penal.

Palabras Clave. – Delitos aduaneros, Tráfico de mercancías prohibidas y restringidas, Tentativa, Importación y Exportación.

ABSTRACT

Among the criminal offenses covered by the Customs Offenses Act - Law No. 28008 - is the traffic of prohibited and restricted goods (typified in Article 8), which consists of entering or exporting from the national territory merchandise that is prohibited or subject to restrictions. The Customs Offenses Law, in its Article 9, regulates the attempt in a special way, unlike what is stated in the general part of the substantive Code. That is, these cases are sanctioned with the minimum penal sanction of the customs offense, that is, eight years of custodial sentence, and not as indicated in Article 16 of the Penal Code, with the prudential reduction of the penalty, which could go even to limits below the legal minimum, affecting the application of the most favorable to the accused.

The present investigation will focus on the application of Article 16 of the Criminal Code and not of Article 8 of the Customs Offenses Act, as it is considered as an infringement of criminal law principles, using a documentary method, since an exhaustive analysis of the documents will be carried out, normativity and jurisprudence -descriptive method-, I will show that the proposed hypothesis is contrasted with reality, concluding in its urgent need, proposing even the modification of the substantive law. Consideration will be given to the great benefits that the subject to investigation would bring to the jurisdictional criminal activity, not only for the accused, but also for an efficient and effective administration of justice; Effective in this way various fundamental principles of criminal law.

Key Word. - Customs offenses, Traffic of prohibited and restricted goods, Attempt, Importation and Exportation.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE DE CONTENIDO

ÍNDICE DE TABLAS

ÍNDICE DE FIGURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Realidad problemática.....	2
1.1.1. Problema general	3
1.1.2. Problema Específico.....	3
1.2. Justificación e importancia de la investigación	3
1.2.1. Justificación teórica	3
1.2.2. Justificación metodológica.....	5
1.2.3. Justificación práctica.....	5
1.3. Objetivos de la investigación: general y específicos	6
1.3.1. Objetivo general.....	6
1.3.2. Objetivos específicos.....	6
1.4. Limitaciones de la investigación	7
1.4.1. Limitación económica	7
1.4.2. Limitación temporal.....	7
1.4.3. Limitación bibliográfica	7

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema.....	9
2.1.1. Nacionales.....	9
2.1.2. Internacionales	12
2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado	16
2.2.1. Descripción Legal	19
2.2.2. Bien Jurídico protegido	20
2.2.3. Tipicidad objetiva	20
2.2.4. Tipicidad subjetiva	36
2.2.5. Grados de desarrollo del delito: Tentativa y consumación	39
2.2.6. Penalidad.....	42
2.2.7. Aspectos concursales.....	42
2.2.8. La regulación especial de la tentativa.....	43
2.3. Definición conceptual de la terminología empleada	50
2.3.1. Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas	50
2.3.2. Tentativa.....	51
2.3.3. Delitos aduaneros.....	51
2.3.4. El recurso de casación	51

CAPTÍTULO III MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo, nivel y diseño de investigación.....	53
3.1.1. Tipo de investigación	53
3.1.2. Diseño de investigación	54
3.2. Población y muestra.....	55
3.2.1. Población.....	55
3.2.2. Muestra.....	55
3.3. Hipótesis	56

3.3.1. Hipótesis General	56
3.3.2. Hipótesis Específicas.....	56
3.4. Variables – Operacionalización	56
3.5. Métodos y técnicas de investigación	58
A. Diseño de técnicas de recolección de información.	58
3.6. Descripción de los instrumentos utilizados.....	59
3.6.1. Procesamiento de datos	59
3.7. Análisis estadístico e interpretación de los datos	59
3.8. Consideraciones Éticas.....	59

CAPÍTULO IV ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Contrastación de hipótesis	61
4.2. Análisis e interpretación	61

CAPÍTULO V DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

DISCUSIONES	71
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	¡Error! Marcador no definido.
ANEXOS	5

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Muestra de población encuestada	57
Tabla 2: Variables operacionalización	58
Tabla 3: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°1	63
Tabla 4: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°2	64
Tabla 5: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°3	64
Tabla 6: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°4	65
Tabla 7: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°5	66
Tabla 8: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°6	66
Tabla 9: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°7	67
Tabla 10: Clasificación de Respuesta de encuestados Pregunta N°8	68

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°1.....	81
Figura 2 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°2.....	82
Figura 3 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°3.....	83
Figura 4 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°4.....	84
Figura 5 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°5.....	85
Figura 6 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°6.....	86
Figura 7 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°7.....	87
Figura 8 Comparación de Respuesta de encuestado Pregunta N°8.....	88

INTRODUCCIÓN

Una política criminal muy prolija o tal vez acusadamente “reglamentarista”, se orienta -generalmente-, a tipificar todas aquellas conductas puedan resultar lesivas para el bien jurídico -objeto de tutela penal-, a tal efecto, ha de contemplar desde variados enfoques, cuáles son los comportamientos susceptibles de ser encajados en los tipos penales en cuestión.

Es de verse así, que los delitos Aduaneros, definen un campo de actuación que no resulta reductible a la esfera recaudadora de la Administración, sino que las propias funciones que se les asigna a este estamento estatal, definen una actividad controladora, en cuanto a verificar la naturaleza, especie y otras características, de las mercancías que entren o egresen del territorio nacional; deberes que se comprenden en un marco de comercio exterior, en cuanto a labores compartidas de los Estados. Es decir, hay que atender a algo muy importante, no cualquier mercadería puede salir o ingresar al país, pues es de recibo, que existen ciertos bienes, que, por su particular carácter, han de ser rigurosamente controlados por las entidades estatales competentes; v. gr., productos alimenticios (agropecuarios), medicinas, bienes arqueológicos (patrimonio cultural de la Nación), animales, armas, municiones, productos pirotécnicos, etc. No en vano se postuló -en su apartado correspondiente-, que el interés jurídico tutelado en materia “penal-aduanera”, trasciende un plano tributario, para penetrar en esferas de Salud Pública, Medio Ambiente, etc. y, esto es lo que se pone de relieve con la presente tipificación penal, regulada en el artículo 8º de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008.

Según la argumentación descrita, se identifican “restricciones” y “prohibiciones” al ingreso o salida de ciertas mercancías, definiendo un ámbito de necesario control por parte de la Administración, lo cual precisamente se ve afectado cuando el agente mediando cualquier tipo de artificio, pretende

introducir o extraer algún tipo de mercancías, cuya características y naturaleza, se ha tomado en cuenta para formular una serie de específicas normatividades, encaminadas a regular dicha situación.

Se tiene de este modo, que, al tratarse de una esfera sensible de la actividad aduanera, se ha procedido a penalizar una modalidad de Contrabando muy especial, de cuyos contornos normativos se quiere desplegar una comunicación cognitiva muy peculiar, en cuanto a disuadir a los potenciales agentes a un quebrantamiento normativo susceptible de poner en riesgo la integridad del bien jurídico tutelado. Esto lo decimos, al haberse optado por una tipificación penal autónoma, merced a la importancia que significa la contención de estas conductas prohibidas, que de cierta forma son construidas a partir de meras desobediencias administrativas, conforme se devela de la composición típica contenida en el artículo 8° de la Ley Penal Aduanera y, que de hecho viene a engrosar la técnica de la “Ley penal en blanco”. No resulta posible -pues-, establecer el desvalor de la conducta de la mera contemplación a la Ley penal, sino que debe complementarse con una norma extra-penal.

Proyectar el bien jurídico tutelado -por este articulado-, exige trasvasar una consideración meramente fiscal, para ingresar a campos de otro nivel de actuación de la Aduana, en lo concerniente al control que debe ejercer en el ingreso o salida de mercaderías, cuando se trata de bienes u objetos, que por particular naturaleza no pueden ingresar al territorio nacional o que por su singular característica, su egreso o ingreso, está supeditado a una serie de autorizaciones por parte de las entidades estatales competentes. Por una parte, se pone el énfasis al “*control aduanero*”, en cuanto a verificar si estas mercancías restringidas, cumplen o no con el visado autoritativo de las instancias estatales respectivas y, por otro, la tutela de bienes jurídicos colectivos, como la “salud pública, el medio ambiente o la seguridad pública”. Una cosa es que no se haya obtenido una autorización, que en ciertos casos pudo haberse obtenido (animales, productos agropecuarios, hortalizas, semillas, etc.) y otra muy distinta, cuando la mercadería simple y

lisamente no puede ingresar o salir del territorio nacional, como son las intrínsecamente peligrosas como las armas de fuego, sustancias psicotrópicas, etc.

El artículo 168° OA (chileno), establece a la letra en su segundo párrafo, que: cometerá el ilícito penal de contrabando el que ingrese al territorio chileno, o extraiga de este, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, estén prohibidas por la norma punitiva. En España, la Ley Orgánica 6/2011 del 30 de junio de 2011, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995 del 12 de diciembre de 1995, se definen en uno de sus articulados, los diversos comportamientos típicos relacionados con mercancías lícitas para realización su comercialización, excluyéndose las estancadas o prohibidas, cuya tipificación se realiza en los numerales 2 y 3, elevándose a ciento cincuenta mil euros el límite cuantitativo mínimo del delito, con la finalidad de ajustarse al perjuicio social ocasionado de conformidad con el indicado para el ilícito penal contra la Hacienda Pública.

Según el marco descrito, observamos que la presente incriminación identifica un bien jurídico de naturaleza instrumental, pus si bien se enmarca el objeto de tutela desde las funciones que ejerce la Administración aduanera en un orden democrático de derecho, no es menos cierto que se aprecia una vinculación con bienes jurídicos de corte supraindividual, que cuentan con sus correspondientes tipificaciones penales reguladoras. Y, si luego de que se ingresa la mercancía prohibida al territorio nacional, y se advierte luego, su posesión (armas), estaremos ante un Concurso real de delitos.

El ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera una circunstancia importante de la intervención del Estado en el comercio exterior de mercaderías, lo que quiere decir que la negativa por parte de la ley, respecto del ingreso o salida de mercancías, permite que el Estado pueda controlar estas actividades. Este tráfico no se consuma, en ese sentido, en el ámbito del control

aduanero, como ocurre, por ejemplo, en el contrabando, sino que guarda relación con la ley sustantiva que controla el tráfico de bienes y mercancías dentro y fuera del territorio del país. El bien jurídico protegido sería la prohibición o restricción de la circulación internacional de determinadas mercaderías. Los fundamentos para la existencia de un delito como el estudiado pueden derivarse de diferentes circunstancias. Sin embargo, la prohibición legal analizada debe ser limitada a las prohibiciones o restricciones que responden a criterios de la regulación del comercio exterior de mercaderías.

A diferencia del delito de contrabando, el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no se materializa en el ámbito del control aduanero, sino en relación con la normativa sustantiva por la cual se regula el tráfico de bienes a través de la importación o exportación del país.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la presente tesis tiene la intención de evitar la aplicación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancía prohibida o restringida, tipificada en la Ley de Delitos Aduaneros. Este trabajo de investigación estará conformado por los siguientes capítulos:

En el primer capítulo se realizará el planteamiento del problema, en el que se efectuará una evaluación crítica de la regulación especial de la tentativa en el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas contenida en la Ley de Delitos Aduaneros.

En el segundo capítulo, se tratará del marco teórico del trabajo de investigación, así como de los antecedentes de este. Se realizará la explicación de lo que la doctrina señala referente al tipo penal, estudiándose la teoría especializada. Así mismo, procederemos a determinar las hipótesis de la presente tesis.

En el tercer capítulo, trataremos del método y tipo de la tesis, se efectuará el diseño de la investigación, así como nos referiremos a las variables, acerca de la población utilizada, determinando la muestra, así como las técnicas utilizada en el trabajo de investigación, además de los instrumentos que sirvieron para recolectar los datos usados.

En el cuarto capítulo, procederé a presentar los resultados de la investigación, además de contrastar las hipótesis planteadas en las mismas, realizándose un análisis desde la interpretación del tema tratado en la tesis.

En el último capítulo de la tesis, procederemos a señalar la conformación de la discusión, procediendo a señalar las principales conclusiones arribadas, además de las recomendaciones. Para culminar, procederé a indicar cuales fueron las fuentes bibliográficas citadas, adjuntándose los anexos pertinentes.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Realidad problemática

De entre las diferentes variedades de delincuencia económica, los delitos aduaneros ocupan un lugar privilegiado. Su estrecha relación con el crimen organizado (tanto nacional como internacional), el constituirse en mecanismos comunes para blanquear capitales y el hecho de generar importantes pérdidas a la Hacienda Pública -que a la postre implican perjuicios para la sociedad en su conjunto, pues al recaudarse menos, el Estado se ve limitado en la realización de obras públicas y programas de apoyo social para los ciudadanos más necesitados-, entre otras, serían las principales características de este tipo de ilícitos penales.

Pese a la mencionada relevancia de los delitos aduaneros en el aspecto socioeconómico, en nuestro país este tipo de ilícitos no han sido estudiados con amplitud y la doctrina no les ha dado un tratamiento acorde con su importancia. La explicación a ello se encontraría reflejada en que estos se encuentran tipificados en leyes especiales (como es el caso de la Ley N° 28008 -Ley de Delitos Aduaneros) y no en nuestro Código penal, razón por la cual son considerados ilícitos penales no convencionales.

Los estudios realizados a la parte especial del Derecho penal se enfocan a los delitos clásicos, es decir, a los que se encuentran abarcados en el código sustantivo, no existiendo la misma dedicación con los regulados en leyes especiales, es por ello por lo que se hace necesario un estudio pormenorizado de los delitos aduaneros, en el caso de la presente tesis, el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, abarcada en el artículo 8° de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008- justificándose una explicación de sus principales características en la presente investigación.

Es importante resaltar que, en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley N° 28008, Ley de Delitos Aduaneros, se realiza una regulación especial de la tentativa, imponiéndose cuando no llegue a consumarse el delito, la pena mínima por la que se sanciona el delito, es decir, ocho años de pena privativa de libertad, lo que contradice lo regulado en el artículo 16 del Código penal, que indica que en el caso de delito tentado se

disminuirá prudencialmente la pena. Lo mencionado genera una vulneración de determinados derechos y garantías, los mismos que serán señalados en el presente trabajo de investigación, al ser el objetivo principal que abarcaremos en esta tesis de pregrado.

1.1.1. Problema general

¿Qué principios del Derecho penal afectaría la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas?

1.1.2. Problema Específico

- a) ¿Cuáles son las principales características del delito de tráfico de mercancías prohibidas?
- b) ¿Cuáles podrían ser consecuencias jurídicas de la regulación especial de la tentativa en la Ley N° 28008 -Ley de Delitos Aduaneros-, respecto al delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas, y originar una aplicación diferente señalada en la ley?

1.2. Justificación e importancia de la investigación

1.2.1. Justificación teórica

La justificación teórica del tema de mi trabajo de investigación es solucionar un problema que podría generar la legislación penal aduanera, que radica en la aplicación de la tentativa de manera diferente a como se aplica en el resto de los delitos, generándose una afectación del principio de igualdad ante la ley, además de afectarse diferentes principios fundamentales del Derecho penal en nuestro país, como lo veremos en el marco teórico. Con esta tesis se desea llenar una laguna del conocimiento científico jurídico, para que a partir de ello se puedan lograr resultados particulares que puedan ser aplicados a diversos casos generales, pues

tal como lo señalaremos en las conclusiones, se evidencia en el tema tratado una vulneración de derechos generados desde la propia ley, por lo que el presente trabajo tiene la intención de que pueda tomar nuestro aporte como una guía que pueda generar un debate jurídico, así como discusiones que permitan un avance en la dogmática nacional y se solucione el problema planteado, explorándose de manera fructífera el fenómeno estudiado en el momento en que se presente un caso de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas en grado de tentativa.

El tráfico de mercancías prohibidas es un ilícito penal aduanero, regulado por una ley penal especial (Ley N° 28008, Ley de Delitos Aduaneros), el mismo que puede ser sancionado de dos diferentes maneras: a través del Derecho Administrativo Sancionador (infracciones administrativas) y del Derecho penal (delitos). Ello genera la necesidad de establecer en qué circunstancias sería pertinente la utilización de la sanción penal, debiéndose considerar tanto la política criminal como el principio de *ultima ratio* o *extrema ratio* del Derecho punitivo.

Como vemos, se hace necesario el estudio de las diferencias conceptuales y prácticas de los ilícitos penales con las infracciones administrativo-tributarias, el bien jurídico protegido del tipo penal en estudio, así como sus principales características (como sería el caso de su naturaleza jurídica), las formas de aparición del delito, etc., es decir, los aspectos objetivo y subjetivo del mismo.

Por razones de política–criminal, el legislador ha dispuesto una regulación especial de la tentativa en todos los delitos aduaneros, incluyendo el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, situación que generaría vulneración de diversos principios de Derecho penal, tal como lo explicaremos en la presente tesis.

La investigación propuesta busca, explicar también en qué consiste el delito de tráfico ilícito de mercaderías prohibidas y restringidas, y cuáles serían las consecuencias jurídicas de la tipificación especial de la tentativa en caso de que no se consume el ilícito penal señalado, generando controversia respecto a lo señalado por la ley, por considerar que se estarían contraviniendo diferentes derechos y principios fundamentales estudiados en la Universidad, en la parte general del Derecho penal.

1.2.2. Justificación metodológica

Desde un punto de vista metodológico, en el presente trabajo de investigación procedimos a utilizar los siguientes instrumentos: cuestionarios y matriz de análisis de contenido, lo que permitió juntar y analizar los datos obtenidos al momento de realizar la tesis; de esta manera se contribuyó a efectuar una conceptualización de diversas figuras jurídicas que consideramos que no estuvieron bien definidas o establecidas, pues se tiene en cuenta que el tipo penal en estudio corresponde a una ley penal en blanco, es decir, necesita ser complementado por otras leyes de carácter administrativo.

Es importante indicar que se procedió, al momento de realizar la presente investigación, a utilizar la técnica conocida como técnica documental a través del fichaje y también la utilización de la estadística. Se aplicaron cuestionarios para buscar conocer los hechos y sus efectos en la realidad, pues fueron llenadas por personas que son conocedoras del Derecho punitivo, además de otras técnicas, como se podrá observar.

La utilización de la técnica documental a través del fichaje y la utilización de la estadística han sido muy útiles al presente trabajo de investigación, como se puede colegir de lo mencionado anteriormente. También puedo señalar que al momento de aplicar el cuestionario ha buscado desentrañar determinados hechos además de sus efectos en la vida real, con el objetivo de generar una respuesta en la jurisprudencia del Distrito Judicial de Lima Sur y de todo el país.

La presente tesis fue factible porque se contó con información bibliográfica adecuada respecto a las materias que fueron objeto de estudio.

1.2.3. Justificación práctica

Considero a la presente tesis como relevante desde un punto de vista práctico, porque permitirá lograr un planteamiento de solución concreta al problema de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas, de modo que dicha figura jurídica específica no sea

utilizada, sino la que está regulada en la parte general del Código penal (artículo 16), de tal modo que resulten beneficiados, no solo los inculpados por la comisión de algún ilícito penal, sino también los jueces y fiscales, en tanto que con dicha interpretación, se puede evitar la expedición de resoluciones y dictámenes atentatorios a principios fundamentales del Derecho penal, por aplicar de manera literal el principio de legalidad regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código penal.

1.3. Objetivos de la investigación: general y específicos

En la presente tesis podemos señalar los siguientes objetivos señalados a continuación:

1.3.1. Objetivo general

Determinar que principios del Derecho penal afectaría la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas.

1.3.2. Objetivos específicos

a) Determinar cuáles son las principales características del delito de tráfico de mercancías prohibidas.

b) Determinar cuáles podrían ser consecuencias jurídicas de la regulación especial de la tentativa en la Ley N° 28008 -Ley de Delitos Aduaneros-, respecto al delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas, y originar una aplicación diferente señalada en la ley.

1.4. Limitaciones de la investigación

En la presente tesis se pudieron reconocer las siguientes limitaciones: Limitaciones económicas, pues al realizar la presente investigación no se pudo contar con financiamiento alguno, utilizándose recursos propios, con el apoyo de mis familiares también.

Otra limitación es la escasez de material bibliográfico referido a los delitos aduaneros, el hecho de que sea abarcado por una ley especial y no por el Código sustantivo, limita su estudio, dificultando el estudio de las figuras jurídicas en estudio.

1.4.1. Limitación económica

Se tiene en cuenta que no se pudo contar con financiamientos externos. La presente investigación ha sido realizada únicamente con recursos económicos propios y con el apoyo de la familia de la tesista.

1.4.2. Limitación temporal

El presente trabajo de investigación se ha realizado en tiempo extenso, ante nuevos proyectos realizados por la tesista para implementar los conocimientos amplios con la materia de ciencias penales, la cual guarda relación con el trabajo presentado.

1.4.3. Limitación bibliográfica

En la presente investigación existieron limitaciones bibliográficas, por la poca información existente en los libros de Derecho Penal Aduanero respecto a la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercaderías prohibidas o restringidas, desde un aspecto dogmático jurídico, pues en otros prospectos dogmáticos desarrollados se explica sólo en qué consiste esta figura jurídica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema

Con relación a los antecedentes de estudios, he procedido seleccionar diferentes, tanto nacionales como extranjeros, logrando encontrar y utilizar diferentes artículos y trabajos de investigación como los que a continuación detallamos:

2.1.1. Nacionales

- Churata Mamani, R. L. (2014). “Estrategias técnico-administrativas para la disminución del delito aduanero: Intendencia de Aduana – Ilo”. Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Administración en la Universidad Nacional del Altiplano, Facultad de Ciencias Contables y Administrativas, Puno, 132 p.

La investigación titulada “Estrategias técnico-administrativas para la disminución del delito aduanero: Intendencia de Aduana Ilo, periodo 2010”, se ejecutó con el fin exponer la información lograda de los objetivos de investigación: Describir los procedimientos técnico-administrativos que se aplican para la entrada y salida de mercancías en la Intendencia de Aduana – Ilo, año 2010. Determinar las fallas técnicas-administrativas que se presentan en los controles que realizan en la Intendencia de Aduana - Ilo para detectar el contrabando de mercancías en el año 2010 y Proponer lineamientos para superar las fallas técnicas-administrativas que se presentan en los controles que realizan en la Intendencia de Aduana - Ilo para detectar mejor la comisión del delito de contrabando de mercancías.

- Bellomo Montalvo, G. C. (2014). “El sistema procesal de los delitos tributarios internos y su incidencia en el control de la evasión tributaria en el Perú BIENIO 2011-2012 en la Corte de Lima”. Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Contabilidad y Finanzas con mención en Gestión Tributaria Empresarial y fiscal en la Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Ciencias Contables, económicas y financieras, Lima, 206 pp.

En indicado trabajo de investigación tiene como objetivo tratar las diferentes causas por las que las personas evaden los tributos en el Perú, además de tratar de orientar profundamente desde el punto de vista procesal, en las circunstancias de juzgamiento en el caso de los ilícitos penales tributarios internos, procediendo a enumerar las principales debilidades presentadas en nuestro sistema judicial, con la finalidad de aportar diferentes iniciativas que permitan ayudar al respeto del debido proceso, con el objeto de identificar a los evasores de impuestos, garantizándose de esta manera una efectiva sanción para ellos. El autor señala que la evasión tributaria es un problema grave que debe ser combatido por el Derecho penal, pues no solo genera efectos negativos a la sociedad, pues disminuye los ingresos que necesita el país con los que el Estado pueda realizar todas sus funciones, o que permitiría que todos los ciudadanos tengan igualdad de oportunidades y con ello se logre el objetivo nacional de lograr una plena inclusión social.

- Vera Llerena, L. A. (2016). "Implementación de medidas en la prevención, investigación y represión del contrabando en el Perú, durante 2012-2015". Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Gestión Pública y Políticas Públicas", en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Gobierno y Políticas Públicas, Lima, 54 p.

La tesis indicada propone un problema principal relativo a la falta de eficacia en la prevención, investigación, como en la represión del delito de contrabando de mercaderías en el Perú. El autor también plantea algunos problemas secundarios relacionados con una debilidad en la realización de coordinaciones interinstitucionales entre las autoridades, como sería el caso del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y la Comisión de lucha contra el contrabando liderado por el Ministerio de la Producción. También señala como problemática, la escasa capacidad operativa y logística que tienen las autoridades con la finalidad de luchar contra esta lacra, como sería el caso de la División de Investigación de Delitos Aduaneros de la Policía Nacional del Perú, que es la dependencia a la que se le ha

encargado la investigación y combate contra el contrabando en la capital del país. Esta división y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contarían con recursos mínimos para realizar operativos en diferentes ciudades del país, lo que generaría que este tipo de ilícitos penales se perfeccionen como una “actividad comercial normal”, que trae como consecuencia grave la expansión de este tipo de conductas, perjudicándose con ellas a la recaudación de los tributos aduaneros en el que el agraviado sería el Estado. Esta investigación permite contribuir con la sociedad, al realizarse un análisis de la política criminal relacionada con la lucha contra el contrabando, particularmente, el estudio de la implementación de las políticas públicas, además de la coordinación interinstitucional entre las autoridades que se podría realizar en la lucha de la mencionada lacra, lo que no ha sido explorado académicamente en toda su extensión, según la investigación realizada.

- Hugo Vizcardo, S. J. (2015). En su artículo. “Los delitos aduaneros en el Perú”. Publicado por la Revista Jurídica *Docentia et investigatio* Vol. 17, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 16 p.

El autor de este artículo, indica que el Derecho penal aduanero debe ser estudiado dentro del Derecho penal en general. Sin embargo, hay doctrinarios a quienes no les parece importante la denominación de Derecho penal aduanero o Derecho aduanero penal. En ese sentido, el autor se refiere a un Derecho aduanero administrativo, a un derecho aduanero penal o a un Derecho procesal aduanero. Este autor señala que el estudio de estos temas debe abarcar algunas perspectivas diferentes: el observador, el legislador, el científico, entre otras personas, deben adoptar diferentes puntos de partida. El ilícito penal que determina el delito aduanero, tiene una fundamentación consistente en la omisión del contribuyente o responsable, como sujeto deudor, de la conocida obligación tributaria aduanera que la norma jurídica regula (esto permite considerar que este tipo de normatividad tiene la característica de ser leyes penales en blanco).

- Álvarez Isla, M. (20159). Artículo “Tráfico de mercancías prohibidas y restringidas (Parte 1)”. Publicado por la Revista Actualidad Empresarial N° 322, marzo, 4 p.

El mencionado artículo señala que, al efectuar una operación de comercio exterior, es importante que tanto el importador como el exportador conozca el producto que se va a comercializar, esto debido a que existen varios productos que se encuentran prohibidos y restringidos tanto para su ingreso como para su salida del país. Una mercadería restringida y/o prohibida es todo objeto, bien o determinado producto que, por sus características, naturaleza, condición, uso o destino final, podría obligársele a cumplir determinados requisitos regulados, correspondiente al control y fiscalización con el objeto de aceptar el ingreso o salida del país y su tráfico dentro del territorio del Perú. De acuerdo con lo mencionado, el objetivo del informe presentado por el autor era brindar información con relación a los bienes que son considerados legalmente como prohibidos o restringidos, además de establecerse diferentes consideraciones con la finalidad de controlar el despacho de las mercaderías.

2.1.2. Internacionales

- Macedo Romero, P. I., Santiago Moreno, J. A. y Saraiba Martínez, L. I. “Contrabando: Mecanismo de solución”. Tesis para optar el Grado de Licenciado en Comercio Exterior”, en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Instituto de Ciencias Económicas Administrativas, Pachuca de Solo, 182 p.

La mencionada investigación quiere llenar una laguna legal respecto al delito de contrabando, además, permitiría reunir en un solo trabajo de investigación determinados acontecimientos con la finalidad de comprender en México en que consiste el mencionado ilícito penal, ello permitiría que el lector pueda enterarse respecto a las características del delito, y así pueda poseer un conocimiento más amplio sobre las vulneraciones de bienes jurídicos protegidos que produce o causa

al país. En el trabajo de investigación se indica también el medio que rodea al delito, además de su reseña y concreción. Así mismo, el contenido y las diferentes repercusiones que podrían generar y repercutir, así como las acciones que se podrían tener en cuenta con la finalidad de acabar con esa lacra social.

- Castillo García, L. (2006) “Análisis histórico-jurídico del delito de contrabando en el siglo XXI en la República Bolivariana de Venezuela”. Proyecto de trabajo de Grado para optar el Título de Especialista en Ciencias Contables, con mención en Tributos Área Aduanas, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Económicas y Contables, mención Tributos Área Aduanas, 155 p.

En la mencionada tesis se indica que en toda Venezuela las sanciones respecto al ilícito penal de contrabando está regulado por la Ley Orgánica de Aduanas y también por la Ley sobre el delito de contrabando, que es una ley especial, las mismas que tienen su propio procedimiento especial, al ser distintas y autónomas. Ambas normativas tienen como principal misión, fomentar y proteger la economía del país llanero, además de tratar de alcanzar el desarrollo exitoso de las diferentes actividades de intercambio comercial con sus diferentes países limítrofes, respetándose las zonas designadas con tal finalidad, con el objetivo de que no pueda existir ningún tipo de interferencia con el funcionamiento de las reglas abarcadas por las leyes indicadas. Se indica que la materia aduanera debe ser regulada por el Poder Nacional, que como obligación cuenta con atacar radicalmente los distintos ilícitos aduaneros, entre ellos, el contrabando, pues ellos generan efectos graves en la sociedad, violándose diferentes normas. Este tema en Venezuela, indica la autora, ha sido materia de distintas polémicas desde el punto de vista de los efectos que puede producir en la economía del país, se señala en el trabajo de investigación que se afecta de manera directa, con este delito, a la República Bolivariana de Venezuela y a toda la colectividad. Se estudia a los delitos aduaneros desde diversas posiciones, analizándose la evolución jurídica desde el inicio, es decir, desde su primera tipificación en las leyes, hasta la última modificación legislativa realizada, regulándose la conducta delictiva, así como sus elementos, además de las características más visibles; todo ello con el fin de

explicar las medidas a utilizar por parte del Estado para erradicar este tipo de ilícito penal, realizándose el análisis histórico–jurídico del mismo. Este trabajo de investigación realizó un estudio documentario analíticamente, evaluándose la evolución histórica del delito, de acuerdo con la documentación revisada y analizada. El ilícito penal en estudio es considerado para el Estado venezolano como uno de los que ha sido atacado con mayor rigurosidad por la ley y las autoridades internas, debiéndose tener en consideración que la sanción penal de este tipo de conductas es nueva y los dispositivos legales contenidos en la legislación de Venezuela han generado diferentes sentencias por parte de los órganos jurisdiccionales de su Poder Judicial.

- Solórzano Rodríguez, Y. N. y Sánchez Narváez, E. A. (2015) “Análisis de las infracciones y delitos aduaneros en Nicaragua”. Monografía para optar el Título de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 155 p.

En la mencionada investigación de tesis de graduación, a la que el autor denomina “Análisis de las Infracciones y Delitos Aduaneros en Nicaragua”, se produce una evaluación de los delitos e infracciones aduaneras que vulneran los bienes jurídicos tutelados “Hacienda Pública y la Seguridad Social”. De acuerdo con esta investigación, estos delitos e infracciones generan un considerable menoscabo a la recaudación de la administración tributaria y aduanera del país y por ende representan menos recursos públicos para la inversión social. Por consiguiente, se pretendió estudiar el marco jurídico existente en materias de delitos e infracciones aduaneras, a fin de poder identificar los factores que contribuyen a la comisión de estos ilícitos.

- Calvachi Cruz, R. “Los delitos aduaneros. El Contrabando”. Artículo publicado en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_6/Los_delitos_aduaneros.pdf, 12 p.

En el mencionado artículo se indica que los delitos aduaneros, y de manera específica el ilícito penal de contrabando, son considerados como males endémicos de la sociedad. Y es que, de acuerdo con el autor, existiría una herencia evasora que tiene su inicio en la época colonial y que a través de los años ha ido adquiriendo mayor relevancia, por las nuevas connotaciones estudiadas, las que se encuentran profundamente arraigadas en la sociedad; por ello, el Estado debe hacer todo lo posible para la erradicación y extirpación de este tipo de conductas ilícitas; sin embargo, de acuerdo con el autor, los esfuerzos por parte del Estado han devenido en proyectos que no han logrado los resultados esperados, es decir, han sido insuficientes, generando frustración en las autoridades y hasta en la propia sociedad.

- Acosta Andrade, E. R. (2014) “Cambios en el delito aduanero, introducidas por el código de la producción, comercio e inversiones”. Disertación previa a la obtención del Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Facultad de Jurisprudencia – Escuela de Derecho, Quito, 145 p.

En la mencionada investigación, el autor comienza realizando una revisión de los conceptos y elementos del delito, de manera general, y del ilícito penal aduanero en particular, a fin de centrar el tema y tener claros los elementos que se analizarán más adelante. Posteriormente analiza históricamente las normas que sobre el delito aduanero se encontraban contenidas en la anterior Ley Orgánica de Aduanas (LOA), vigente hasta el año 2010; continúa con las disposiciones que al respecto fueron introducidas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; para, finalmente, hacer referencia a los aspectos que sobre el delito aduanero fueron contenidos en el actual Código Orgánico Integral Penal, expedido en febrero de 2014 y vigente a partir de agosto del mismo año. Finalmente, la última parte la dedica a una revisión de fallos judiciales emitidos sobre la materia penal aduanera.

2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado

Una política criminal muy prolija o tal vez acusadamente “reglamentarista”, se orienta -generalmente-, a tipificar todas aquellas conductas puedan resultar lesivas para el bien jurídico -objeto de tutela penal-, a tal efecto, Peña (2014) indica que ha de contemplar desde variados enfoques, cuáles son los comportamientos susceptibles de ser encajados en los tipos penales en cuestión. (p. 498).

Es de verse así, que los delitos Aduaneros, definen un campo de actuación que no resulta reductible a la esfera recaudadora de la Administración, sino que las propias funciones que se les asigna a este estamento estatal definen una actividad controladora, en cuanto a verificar la naturaleza, especie y otras características, de las mercaderías que entran o salen del territorio nacional; deberes que se comprenden en un marco de comercio exterior, en cuanto a labores compartidas de los Estados. Es decir, hay que tomar en consideración algo muy importante, no cualquier mercadería puede salir o ingresar al país, pues es de recibo, que existen ciertos bienes, que, por su particular carácter, han de ser rigurosamente controlados por las entidades estatales competentes; v. gr., productos alimenticios (agropecuarios), medicinas, bienes arqueológicos (patrimonio cultural de la Nación), animales, armas, municiones, productos pirotécnicos, etc. No en vano se postula que el interés jurídico tutelado en materia “penal-aduanera”, trasciende un plano tributario, como indica Peña (2014) para penetrar en esferas de Salud Pública, Medio Ambiente, etc. y, esto es lo que se pone de relieve con la presente tipificación penal, tipificada en el artículo 8 de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008. (p. 499).

Según la argumentación descrita, se identifican “restricciones” y “prohibiciones” al ingreso o salida de ciertas mercancías, definiendo un ámbito de necesario control por parte de la Administración, lo cual precisamente se ve afectado, a decir de Peña (2014), cuando el agente mediando cualquier tipo de artificio, pretende introducir o extraer algún tipo de mercancías, cuya características y naturaleza, se han tomado en cuenta para formular una serie de específicas normatividades, encaminadas a regular dicha situación. (p. 499).

Se tiene de este modo, que, al tratarse de una esfera sensible de la actividad aduanera, se ha procedido a penalizar una modalidad de contrabando muy especial, con el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas de cuyos contornos normativos se quiere desplegar una comunicación cognitiva muy peculiar, en cuanto a disuadir a los potenciales agentes a un quebrantamiento normativo susceptible de poner en riesgo la integridad del bien jurídico tutelado. Esto lo decimos, “al haberse optado por una tipificación penal autónoma” (ver Mirabal, 2010, p. 343), merced a la importancia que significa la contención de estas conductas prohibidas, que de cierta forma son construidas a partir de meras desobediencias administrativas, conforme se devela de la composición típica contenida en el artículo 8 de la Ley Penal Aduanera y, que de hecho viene a engrosar la técnica de la “Ley penal en blanco”. “No resulta posible -pues-, establecer el desvalor de la conducta de la mera contemplación a la Ley penal, sino que debe complementarse con una norma extra-penal”. (Peña, 2014, p. 499), por ello es por lo que se indica que este tipo de comportamientos devienen en leyes penales en blanco.

Proyectar el bien jurídico tutelado -por este articulado-, exige trasvasar una consideración meramente fiscal, para ingresar a campos de otro nivel de actuación de la Aduana, en lo concerniente al control que debe ejercer en el ingreso o salida de mercaderías, cuando se trata de bienes u objetos, que por particular naturaleza no pueden ingresar al territorio nacional o que por su singular característica, su egreso o ingreso, está supeditado a una serie de autorizaciones por parte de las entidades estatales competentes. Por una parte, se pone el énfasis al “*control aduanero*” (Cossio, p. 696), en cuanto a verificar si estas mercancías restringidas, cumplen o no con el visado autoritativo de las instancias estatales respectivas y, por otro, la tutela de bienes jurídicos colectivos, como “la salud pública, el medio ambiente o la seguridad pública” (Mirabal, 2010, p. 345). Una cosa es que no se haya obtenido una autorización, que en ciertos casos pudo haberse obtenido (animales, productos agropecuarios, hortalizas, semillas, etc.) y otra muy distinta, “cuando la mercadería simple y lisamente no puede ingresar o salir del territorio nacional, como son las intrínsecamente peligrosas como las armas de fuego,

sustancias psicotrópicas, etc.” (Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 500).

El artículo 168° de la ley penal chilena (OA chileno), desde el punto de vista del Derecho comparado, indica que cometerá este tipo de ilícitos penales el que ingrese al territorio chileno, o extraiga de este, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, estén prohibidas por la norma punitiva. Sin embargo, identifica este tipo de conductas con el delito de contrabando, son consideradas como este último delito. Mientras tanto, en España, la Ley Orgánica 6/2011 del 30 de junio de 2011, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995 del 12 de diciembre de 1995, definen en uno de sus articulados a los diversos comportamientos típicos relacionados con mercancías lícitas para realización de su venta excluyéndose los bienes estancados o prohibidos, cuya tipificación se realiza en los numerales 2 y 3, “elevándose a ciento cincuenta mil euros el límite cuantitativo mínimo del delito, con la finalidad de ajustarse al perjuicio social ocasionado de conformidad con el indicado para el ilícito penal contra la Hacienda Pública”. (Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 500).

Según el marco descrito, observamos que la presente incriminación identifica un bien jurídico de naturaleza instrumental, pues si bien se enmarca el objeto de tutela desde las funciones que ejerce la Administración aduanera en un orden democrático de derecho, no es menos cierto que “se aprecia una vinculación con bienes jurídicos de corte supraindividual, que cuentan con sus correspondientes tipificaciones penales reguladoras” (Peña, 2014, pp. 500-501). Y, si luego de que se ingresa la mercancía prohibida al territorio nacional, y se advierte luego, su posesión (armas), estaremos ante un Concurso real de delitos (Mirabal, 2010, p. 344). Sin embargo, mi posición sería, con respecto al contrabando, no existiría concurso real, sino ideal de delitos, tal como lo veremos y explicaremos más adelante, al momento de señalar las características objetivas y subjetivas del tipo penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

El ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulneraría una circunstancia importante de la intervención del Estado en el comercio exterior de mercaderías, lo que quiere decir que la negativa por parte de la ley, respecto del ingreso o salida de mercancías, permite que el Estado pueda controlar este tipo de actividades. Este tráfico no se consuma, en ese sentido, en el ámbito del control aduanero, como ocurre, por ejemplo, en el contrabando, sino que guarda relación con la ley sustantiva que controla el tráfico de bienes y mercancías dentro y fuera del territorio del país. El bien jurídico protegido sería, de acuerdo con García Caveró, la prohibición o restricción de la circulación internacional de determinadas mercaderías. Los fundamentos para la existencia de un delito como el estudiado pueden derivarse de diferentes circunstancias. Sin embargo, “la prohibición legal analizada debe ser limitada a las prohibiciones o restricciones que responden a criterios de la regulación del comercio exterior de mercaderías”. (García Caveró, 2007, p. 782).

A diferencia del delito de contrabando, el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no se materializa en el ámbito del control aduanero, como ya dijimos en el párrafo anterior, sino en relación con la normativa sustantiva por la cual se regula el tráfico de bienes a través de la importación o exportación del país. Esa sería la síntesis de lo mencionado líneas arriba.

2.2.1. Descripción Legal

Artículo 8 de la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008):

El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancías por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa.

Hay que indicar que la descripción legal señalada es la vigente, de acuerdo con la modificación realizada por el artículo del Decreto Legislativo N° 1111, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 29 de junio del año 2012.

2.2.2. Bien Jurídico protegido

De acuerdo con la doctrina, el bien jurídico protegido u objeto de protección penal del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas sería el proceso de ingresos y egresos del Estado; sin embargo, el mencionado bien jurídico deberá estar referido de manera específica a aquellos impuestos que podrían ser percibidos por parte del Estado, de acuerdo con la legislación, a través del control aduanero de mercancías, que como hemos señalado, constituiría una actividad muy importante para el país.

2.2.3. Tipicidad objetiva

Blossiers Hume (2006) define al tráfico de mercancías prohibidas o restringidas como la actividad realizada por el agente cuando usando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas, introduce o extrae mercaderías restringidas (p. 321) cuyo monto no supere las cuatro Unidades de Referencia Procesal.

2.2.3.1. Conducta típica

El comportamiento típico consiste en transportar, embarcar, desembarcar o transbordar, por cualquier medio, mercancías cuyo valor sea superior a cuatro Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Es preciso señalar que al tipificarse esta conducta lo que se pretende o quiere es sancionar de manera específica los actos de colaboración del delito de contrabando señalados por la ley penal aduanera (Bramont-Arias Torres y García, 2008, p. 501), sobre todo, los que se encuentran referidos con la actividad de traslado de mercaderías con el objetivo de ser ingresadas a nuestro país, o para que sea exportada a otros países. La realización de este tipo de injustos podría demostrar, desde el punto de vista doctrinario, de

que pudieran corresponder a actos de cooperación necesaria de comisión del contrabando. Desde el punto de vista dogmático podemos indicar que no existiría inconveniencia en señalar que lo que la Ley de Delitos Aduaneros está tipificando sería un supuesto especial de auxilio primario del conocido delito de contrabando, lo que podría conllevar a que se determine la pena en estos casos de manera particular, a través de una regla particular, distinta a la prevista en la parte general del Código penal, de acuerdo con lo mencionado por el artículo 25 de este mencionado cuerpo de leyes.

El tipo penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas menciona el verbo rector *transportar*, cuyo significado radica en realizar el traslado de bienes, en el sentido de llevar la mercadería desde un sitio al otro. La norma penal también se refiere a los verbos rectores *embarcar* y *desembarcar*, los mismos que suponen su entrada o salida del país, respectivamente, desde una nave (ya sea una embarcación marítima o aérea). Para culminar, “el tipo penal se refiere al verbo rector *transbordar*, el mismo que abarcaría la circunstancia correspondiente a trasladar desde un buque a otro la mercadería prohibida o restringida”. (Bramont-Arias Torres y García, 2008, p. 501).

Es importante señalar, que, desde el punto de vista del tipo penal en comentario, no es importante el medio que utilice el sujeto activo del delito, pues los verbos rectores señalados en el párrafo anterior podrían ser realizados por las vías terrestre, marítima o aérea, hasta lacustre, si nos referimos específicamente al límite que tenemos con Bolivia (lago Titicaca). Tenemos que recalcar que la mercadería, para constituir delito y no infracción administrativa, debe tener un valor económico superior a cuatro Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Esto también está previsto para otros delitos aduaneros, como sería el caso del contrabando, en todas sus modalidades, lo cual genera la conclusión de “considerar al tipo penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas como un caso especial de participación del ilícito penal de contrabando, lo que generaría que, en este tipo de delito, también se solicite la misma condición objetiva de punibilidad”. (Bramont-Arias Torres y García, 2008, p. 501).

El comportamiento típico tipificado en la ley como delito, puede realizarse de dos maneras: a través del ingreso al país de mercaderías cuya importación se encuentre prohibida o restringida. Tenemos que tener en cuenta que este ilícito pena, podría cometerse en el marco de una operación o actividad que esté enmarcada en el comercio exterior de importación como de exportación de mercaderías prohibidas o restringidas por la propia ley peruana. En el sentido expuesto, Alpaca (2015) indica que el ilícito penal puede realizarse en cualquiera de los marcos reconocidos del comercio internacional o comercio exterior, incluyendo la introducción de mercaderías dentro del territorio nacional o transportando las mercaderías por fuera de las fronteras nacionales. (p. 508).

El delito no podrá configurarse con el sólo ingreso o salida de mercaderías prohibidas o restringidas, sino que el tipo exige alternativamente diversos elementos que dotan de lesividad a la acción desplegada. Primero, el tipo requiere que el autor utilice medios irregulares para la introducción o extracción de las referidas mercancías. Por otro lado, el tipo exige que el autor se valga de artificios para lograr la introducción o extracción de las mercancías, esto es, que aquel despliegue mecanismos engañosos para burlar el control de la autoridad aduanera. Finalmente, el tipo exige que el autor actúe infringiendo las normas específicas (nacionales o internacionales) que regulan la importación o exportación de mercancías. Estas formas de actuación, que no necesariamente deben ser concurrentes, permiten reconocer el desvalor de acción en la presente figura delictiva. Cabe mencionar que mientras las dos primeras formas de actuación típicamente relevante (“utilizar cualquier medio o utilizar cualquier artificio”) se pueden aplicar tomando en consideración a las mercancías prohibidas como a las restringidas, la tercera forma de actuación (actuar “infringiendo normas específicas”) es la que se considera únicamente al ingreso o salida del país de mercaderías restringidas, “debiéndose tener en cuenta que en el caso de las mercaderías prohibidas, existe una normativa específica que indica cuáles serían estas, las mismas que no estarían sujetas a regímenes, operaciones o destinos

aduaneros". (Cornejo, 2008, p. 213).

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se presenta como una ley penal en blanco, en la medida que el tipo penal contempla la referencia a la infracción de "normas específicas" para la determinación de una de las conductas típicas contempladas en el precepto. Por ello, resulta necesario que el intérprete haga una remisión a la normativa aduanera referida a la importación o exportación de mercancías restringidas.

Como ya hemos dicho, y volvemos a recalcar, el comportamiento típico del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, puede realizarse mediante el ingreso a nuestro país de este tipo de mercaderías o también la salida de las mismas, debiéndose verificar si estas mercancías están reguladas por la ley administrativa, por ello se indica que se trataría de una ley penal en blanco, que necesita ser complementada por otra norma con la finalidad de sancionar, de manera efectiva, las conductas tipificadas. Podemos concluir, desde el punto de vista de nuestra investigación que "el ilícito penal en estudio podría cometerse en una operación de comercio exterior constitutivo de importación o exportación de diferentes bienes". (García Cavero, 2007, p. 783-784). El núcleo de prohibición de la conducta se ve centrado en el objeto en el que recae la operación de comercio exterior, ello sería fundamental, de cara a sancionar este tipo de conductas a través del Derecho punitivo.

De lo mencionado, podemos señalar que el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no podría configurarse solamente con ingresar o sacar del país de mercancías, pues podrían existir reembarques realizados por el importador o exportados de este tipo de mercaderías a otro país. Por lo que podemos indicar que para la configuración del ilícito penal se necesita que el sujeto activo utilice medios irregulares, cualesquiera que sean, al no estar expresamente señalados por la norma, pero que "tengan como

objetivo el burlar el control aduanero del país, o quizá se realice la infracción de normas específicas de Derecho Administrativo, que regulen tanto la importación como la exportación de este tipo de mercaderías”. (García Cavero, 2007, p. 784) Como vemos, estas formas de comisión del delito son aplicables a mercaderías prohibidas o restringidas, además en otras se refiere la ley penal a la importación o exportación de las mercancías restringidas, pues en el caso de las mercaderías prohibidas no existe una legislación específica para la realización de importación o exportación.

Como ya lo hemos indicado anteriormente, consideramos que unas de las características principales del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas sería que hace referencia a la vulneración de determinadas normas específicas, por lo que nos referiríamos, a que constituye una ley penal en blanco. Como consecuencia de lo mencionado, se debería conocer previamente a la determinación de la existencia de delito o no, que es lo que dispone la normatividad específica de Aduanas, respecto a los bienes o productos que sean considerados prohibidos o restringidos. Podemos considerar que la importación o exportación de los bienes o productos señalados debe contar con la documentación señalada por la ley administrativa, nos referimos al artículo 71 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, el que determina los procedimientos generales y específicos correspondientes. Así mismo, se deberían, en el marco de la importación y exportación, presentar determinada documentación que sirva para el control aduanero, como sería el caso de autorizaciones, permisos respecto a determinados bienes, resoluciones, licencias registros, entre otros, los mismos que podrían ser derivados de manera electrónica (vía correo electrónico o cualquier otra vía informática) o por cualquier otro medio. “La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria tiene, de acuerdo con la norma referida, la facultad de verificar la fidedignidad o autenticidad de la documentación presentada por los importadores o exportadores” (García Cavero, 2007, p. 784).

Si tomamos en cuenta la concepción que le podemos dar a mercaderías restringidas, debemos decir que son conocidas así las que se encuentran controladas para realizarse una fiscalización sobre ellas por diversos sectores, instituciones, entidades o ministerios específicos y competente, lo que necesitan para su exportación o importación ser autorizados previamente por las autoridades señaladas antes de procederse a su compraventa. Contrariamente, podemos definir a las mercancías prohibidas, como aquellas que, por disposición de las leyes o la normatividad vigente, se encuentran prohibidas de ser importadas o exportadas del territorio del Perú (véase, Álvarez Isla, 2013, p. 3). En determinadas naciones, se consideran mercaderías prohibidas para el proceso de comercio exterior a la importación de vehículos automotores antiguos, como sería el caso de los que tendrían más de 5 años de fabricación; la importación de vehículos de salvamento o con el timón en sentido contrario, es decir, a la derecha, por el peligro que podría generar el cambio de guía para la maniobrabilidad de automóvil; la importación de ropas usadas, pues por su precio serían una competencia desleal con relación a la producción textil nacional; la importación de plaguicidas, por lo tóxicos que podrían ser para las personas que lo manipulen; la importación de neumáticos usados, pues su uso podría generar diversidad de accidentes, al no encontrarse estos bienes en sus mejores condiciones; importación de productos que afectan el medio ambiente, entre otros. (Peña, 2014, p. 502).

En la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, se define a las mercancías prohibidas, indicándose que son aquellas que por disposición de la ley son consideradas prohibidas para ser ingresadas o sacadas de nuestro país; así mismo, se define también a las mercancías prohibidas, señalándose que son aquellas que por disposición de la ley necesitan para ser importadas o exportadas, una autorización de una o diferentes autoridades competentes en la actividad del comercio exterior, con la finalidad de sometérseles a control aduanero. Las mercaderías prohibidas o restringidas son consideradas objetos, productos o bienes que tienen determinadas características o particularidades, que no permiten su libre comercio, su función

necesita el cumplimiento de diferentes requerimientos de la norma administrativa, así como de determinados procedimientos y procesos regulados por la misma. Respecto a lo mencionado, podemos indicar que la norma a aplicar sería la Resolución de Superintendencia Nacional Adjunta de Aduana N° 000-332-2004-SUNAT (INTA-PE.00.06 – Procedimiento de mercancías restringidas y prohibidas). (Peña, 2014, p. 502).

Según, Peña (2014), hemos de analizar seguidamente las modalidades plicas, que se desglosan del artículo 8° de la LPEA, partiendo de consideraciones afincadas en el Derecho aduanero, es decir, sobre esqueje- normativo y no naturalista, sabedor de que no es cualquier ingreso de mercadería al territorio patrio, el que es objeto de punición por la norma jurídico-penal. En la doctrina chilena especializada, se dice que las definiciones de ingreso o salida se refieren al traspaso físico de los bienes por la frontera, cualquiera que sea. Se tiene que determinar concretamente, en cada caso, los criterios normativos de la prohibición o restricción de los bienes, con la finalidad de cumplir con el fin de protección de la norma y de acuerdo con la regulación del Derecho administrativo correspondiente. Esto quiere decir, que no se trata de cualquier ingreso o egreso de mercaderías, sino aquel que se destina a pasar por el control aduanero, donde la Administración ha demarcado territorialmente las zonas de inspección aduanera, conforme a su ámbito de competencia *funcionarial*.

Mirabal (2010) señala, que si en realidad, se quiere colocar una zona divisoria entre la infracción administrativa y el ilícito penal, se debe apelar a criterios de materialidad sustantiva, en cuanto a componentes, que puedan dotar de suficiente desvalor a la conducta “prohibida”; siendo que, en el presente caso, se hace alusión en la redacción normativa a “cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas”. Se diría que ello tendría lugar a través del empleo de ardid, engaño u otro tipo de fraude, en cuanto hacer uso de instrumentos, documentales u otros, que hagan ver a las mercaderías, como unas que pueden ser ingresadas al territorio nacional o de contar con tas

autorizaciones estatales correspondientes; a tal efecto, podía pensarse en poner a la vista de la Administración documentos falsificados o cualquier otro fraude tendiente a mostrar una naturaleza de la mercancía distinta a la realidad. A decir de Mirabal este delito puede perpetrarse, a través de la presentación de documentos falsos o, por proporcionar información falsa relativa a la particularidad de la mercancía, por la cual, se prohíbe o restringe su importación o exportación.

Por otro lado, se enuncia en el tipo legal, que puede configurarse también este delito, con la infracción de normas específicas, ello supondría que la mera contravención de los dispositivos legales que regulan las mercaderías prohibidas o restringidas se habrá materializado el tipo penal. Es decir, se tendría aquí la transgresión de una normativa (sustantiva), que se encaminaría únicamente a la modalidad típica de “restricción” a la importación o exportación de una determinada mercadería, que es elevada al rango de “delito”, sin mayor sustento que lo justifique; debe tratarse de la desobediencia de una prohibición que genere un riesgo permitido, y ello sólo podría predicarse -en principio- en el ámbito de las prohibiciones y no de las restricciones, pues en este último caso, -puede que según las características del caso-, el agente pudo haber obtenido la autorización, al contar con los requisitos que la habilitan administrativamente, lo cual no podría inferirse cuando hace uso de mecanismos fraudulentos. Y, esto requiere de una ulterior aclaración, en el sentido de que se entendería que en el ámbito de las “prohibiciones” no se podría aplicar esta modalidad del injusto típico, sabedores que no existe normatividad específica que permita su importación o exportación, lo que significaría que al nivel de las restricciones quedaría en realidad, como una expresión palmaria de la “administrativización del Derecho Penal” pues aun cuando el agente pudo haber obtenido la autorización, no a por los filtros y mecanismos administrativos respectivos, a menos que plano, se advierta circunstancias que de avizoren una imposibilidad en su obtención. Ojo, como lo pone de relieve AVM - Aduanera SAC (agentes avanzados de Aduanas), -en su página web-, una mercancía podría ser considerada restringida y prohibida al mismo tiempo, siempre

que así sea determinado y señalado por la legislación de manera expresa, puede ser por excepción, mandato o por autorización señalada por la norma del sector o dependencia correspondiente; ejemplos de lo señalado serían los neumáticos usados que podrían ser considerados dentro de las dos categorías por excepción del sector competente para su uso en desechos. (Véase, Peña, 2014, p. 504).

A lo dicho debe sumarse la posibilidad de ingresar a una lesión al principio del *non bis in idem*, en tanto la LGA - Decreto Legislativa 1053, tipifica como infracciones en su artículo 192 (numerales 9 y10), el mismo que señala lo siguiente: *destinar mercancías prohibidas y destinar mercancías de importación restringida sin contar con la documentación exigida por las normas específicas para cada mercancía o cuando la documentación no cumpla, con las formalidades previstas para su aceptación*. Visto así las cosas, cuando el agente utiliza un artificio, fraude u ardid, será este componente comisivo, el que habrá de distinguir la infracción administrativa del ilícito penal aduanero, empero, cuando se trata de pura y lisamente de una contravención administrativa, en la importación o exportación de mercancías, no hay elementos distintivos, por lo que -a nuestro entender-, debe primar la racionalidad en la interpretación, debiéndose optar por el Derecho Administrativo sancionador, con arreglo al principio de mínima intervención. Mas ya en un plano netamente cuantitativo, conforme el propio enunciado legal lo dice, la mercancía restringida debe superar las 4 UIT, para ser considerado “delito” y, no infracción administrativa. (Peña, 2014, p. 504-505).

Nuevamente repetimos que la determinación de la infracción de normas específicas de la conducta ilícita de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas convierte al delito en una ley penal en blanco. Eso quiere decir que primero se debería conocer en qué casos las normas aduaneras disponen que las mercancías son o prohibidas o restringidas. Lo que demostraría que estos bienes determinados como prohibidos o restringidos pueden ser comercializados, se podrían utilizar documentación pertinente respecto del régimen aduanero que permitan la importación o exportación, además de otros

documentos que permitan dilucidar que la prohibición o restricción deba dejarse de lado. En efecto, las autorizaciones, permisos, resoluciones, licencias, registros, etc., podrían ser presentados ante la Autoridad aduanera, con la finalidad que verifique la autenticidad de estos. Es preciso indicar que el documento que acredita la importación o exportación aduanera se denomina Declaración Única de Aduanas (DUA) o Declaración simplificada; en estos documentos se asigna una serie para cada bien restringido que requiere la presentación de un instrumento de control. (Peña, 2014, p. 505). Cuando una serie tenga más de un código de control y la casilla no alcance para detallarlos, se deben transmitir electrónicamente todos los códigos de control.

Aspecto de vital relevancia, y que ha sido objeto de modificación por parte del Decreto Legislativo N° 1111 de junio del 2012, es que el valor de la mercancía prohibida o restringida, debe superar la valla cuantitativa de las 4 UIT, antes era 2 UIT, parece imperar un criterio político criminal, de otorgar preeminencia a la Administración aduanera, en sus tareas de control y de fiscalización, por las de los órganos de persecución penal; no percibimos -por tanto-, que sea en realidad motivos garantistas que hayan impulsado esta propuesta despenalizadora. (Peña, 2014, p. 505). Interesante lo que sostiene Mirabal Gallardo (2010), de que no se debió señalar un límite cuantitativo de las mercaderías, pues los productos, que son material del delito, en algunas circunstancias pueden estar fuera del comercio por ser inalienables, como es el caso de los bienes que son de dominio público, los mismos que no cuentan con una asignación de valor, pues podría ponerse en peligro para la vida y la salud de la colectividad (p. 346).

Entonces, en el caso de mercancías “prohibidas”, como armas o productos pirotécnicos u otros bienes de consumo riesgoso para las personas, no debería estar condicionado a una cuantificación valorativa, considerando el bien jurídico -objeto de tutela-, lo que sí puede darse en el caso de las mercancías “restringidas”, mas no puede dejarse de lado, que no todas las mercancías prohibidas son portadores de similar característica y naturaleza -como las antes mencionadas-. (Peña, 2014, p. 505-506).

Por otro lado, no puede dejarse de lado, que existen ya tipos penales específicos, que regulan la importación o exportación de mercancías prohibidas, como el artículo 279°-A del CP - Producción, Tráfico, Tenencia y Uso de armas químicas prohibidas, conteniendo un desvalor parecido, pero ya fijado en la tutela de la “Seguridad Pública”, con un marco penal que oscila entre los diez a veinte años; así como el comportamiento típico previsto en el artículo 255° del CP - Fabricación y Comercio de máquinas e insumos de falsificación de billetes o monedas, con una represión de cinco a doce años de pena privativa de la libertad. Según este entrecruzamiento normativo, habiéndose indicado, que esta figura delictiva tiende a tutelar bienes jurídicos que trascienden el ámbito aduanero, nos inclinamos por elegir la especificidad normativa que cobije de mejor manera la conducta que será en estos casos, los artículos 279°-A y 255° del CP, al subyacer un conflicto aparente de normas penales. Si estamos ante un único desvalor, no parece conveniente postular el Concurso ideal de delitos. De ahí que en la doctrina nacional, se indique que el ilícito penal materia de estudio, debe ser limitada solo a las mercancías cuyo tráfico está permitido por la norma, pero que su prohibición o restricción de salida o entrada al país se impone por razones fundamentales del mercado; más debe señalarse que no todas las mercaderías que son reputadas como “prohibidas”, encuentran cobijo en un tipo penal específico, máxime, si la actividad aduanera es de tal dinámica y movimiento, que una mercadería que en un momento es prohibida o restringida, puede tener luego una ulterior calificación a la inversa y, esto es algo, que se garantiza con una Ley penal en blanco. En todo caso, es el criterio interpretativo que ha de resolver estos conflictos normativos, sin necesidad de acudir a una reforma de *lege ferenda*. (Peña, 2014, p. 506).

Tópico que discutir en lo referente al valor de las mercancías, pongamos el acento, en algo importante, a diferencia del delito de Hurto, en la hipótesis delictiva del artículo 8 de la LDA, la cuantía del bien está expresamente reglado en la cobertura legal, por lo que las consideraciones de política criminal, no pueden resultar óbice, para garantizarse que la esfera cognoscitiva del dolo haya de

abarcas también este elemento de tipicidad penal. De manera, que si el agente yerra sobre el valor de las mercancías, creyendo que estas no superen las 4 UIT, estará incurso en un Error de Tipo, siempre y cuando se adviertan circunstancias que así lo puedan dejar entrever; situación que ha de ser valorada con dos aspectos a saber: - primero, las normas *jurídico-penales despliegan efectos socio- comunicativos, es decir, la posibilidad de que un individuo se comporte conforme al modelo conductivo contenido en la ley penal, depende previamente, de su conocimiento, lo cual incide en el mismo fin preventivo- general de la pena* y, segundo, si hemos concebido a esta figura delictiva como una de corte “común”, que puede ser cometida por cualquier persona, ante una probable Autoría mediata, cuando el hombre de adelante es engañado, pensando que la mercadería que va a transportar o desplazar, vale menos de 4 UIT, se tendrían que afirmar !a punición del ejecutor formal del delito y, quien tiene el dominio del evento típico, ¿Cómo ha de responder, cuando ya estamos atribuyendo responsabilidad penal al hombre de adelante, -debiéndose ya de plano-, descartar una Coautoría? Son estos dos factores que nos animan a confirmar nuestra posición de que el agente -al momento de la acción-, ha de saber que está extrayendo o ingresando, mercadería -cuyo valor- supera los 4 UIT. (Peña, 2014, p. 507).

En lo concerniente a las formas de imperfecta ejecución, hemos de identificar una situación, que según la literalidad normativa, importa el desvalor de un “resultado”, de que el agente logre introducir o extrae del territorio nacional, el objeto material del delito (Mirabal, 2010, p. 347); una realización típica -que como señalamos en su oportunidad-, no puede ser contemplada desde una visión *naturalística*, sino más bien *normativa*, cuando el autor eluda o no los controles aduaneros, y así pueda alcanzar su propósito criminal. Siguiendo tal postura, y habiéndose incluido ciertos medios comisivos, puede advertirse un delito tentado, cuando la Administración aduanera, descubre el ardid del agente, evitando así, el ingreso de la mercadería restringida al país; v. gr., con el llenado del formato respectivo o con la presentación física de la mercancía ante la Aduana, camuflando bienes prohibidos, en un container, cuyo contenido supone un

cargamento de mercadería de lícita exportación. Eso sí, no es necesario comprobar que el autor haga un uso determinado de la mercadería, bastando como se dijo, de su extracción o ingreso al territorio nacional. (Peña, 2014, p. 508).

2.2.3.2. Sujetos activo y pasivo

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas está configurado típicamente como un ilícito penal que puede ser cometido por cualquier persona a través de la frase “el que”, de manera que podría ser ejecutado por cualquier sujeto. Sin embargo, es necesario señalar que para la participación de diferentes personas con un dominio relevante en la comisión del ilícito penal podría dar lugar, sin mayores circunstancias, a una coautoría. Podemos indicar, cuestionando a la doctrina dominante, que la calidad de coautor en el delito no debería supeditarse a la realización de un aporte relevante en la realización del delito. Lo esencial del aporte del sujeto activo coautor podría alcanzarse perfectamente desde los actos preparatorios en el *iter criminis*. Es así, que en el caso de las denominadas organizaciones criminales que son creadas con la finalidad de realizar la importación o exportación de mercaderías prohibidas o restringidas, no podría ser necesario acudir a la figura jurídica de la autoría mediata por dominio de la organización con la finalidad de castigar a los cabecilla o dirigentes que no realizan la ejecución directa del comportamiento típico. Es preciso señalar que la coautoría deberá ser debidamente fundamentada desde el punto de vista de los dirigentes de la organización criminal que son los que realizan los planes y deciden las diversas particularidades del ilícito aduanero materia de la presente investigación. La participación de este ilícito penal es posible también en grado de instigación, así como en el grado de complicidad, ya sea primaria como secundaria. (Véase, García Caveró, 2007, p. 782).

Como primer punto, hemos de referirnos a los sujetos de la relación delictiva, que, en primera línea, supone examinar a la persona del sujeto activo; diríamos -en principio- que puede ser cualquier persona, al no exigirse más requisitos, que dominar una esfera de libre organización personal. Siendo así,

autor será quien introduce o extrae una mercancía (*prohibida o restringida*), del territorio nacional, desde un plano formal y objetivo, empero, si hemos de sujetar la valoración de autoría y participación -desde una perspectiva “material-normativa”-, pueden haber autores que no estuvieron presentes en el escenario delictivo, pero que al poseer el dominio y/control de los actos delictivos que se cometen desde el interior de un aparato criminal y, así ligamos la sustentación dogmática a una esfera de real materialidad, propio de una teoría del “dominio del hecho”, que se despoja de elementos formalistas, para ingresar a planos -en esencia normativos-, donde personajes que sólo actúan a un nivel “preparatorio”, pueden responder como «autores», siempre que se cumplan con determinados presupuestos a saber, pues en el caso de agrupaciones delictivas que carecen de verticalidad, mando y organización, no puede aplicarse esta postura teórica-conceptual. (Peña, 2014, p. 501).

Puede haber un caso de coautoría, -ante dos o más personas-, que en división de roles y/o funciones -normalmente en la etapa ejecutiva-, hacen viable el ingreso o egreso de mercaderías prohibidas o restringidas al territorio nacional; constituyendo el hecho una unidad que ha de significar una imputación recíproca a todos los intervinientes; el hecho delictivo como un todo compartible entre todos los autores. Si se trata de alguien que aportó una contribución, como proporcionar documentación falsa o conducir el vehículo donde se transporta el objeto material del delito, serán partícipes, dependiendo de la relevancia de la contribución; empero, si se devela un acto típico de financiamiento, para que se pueda realizar el delito -*in examine*-, la tipificación se traslada al artículo 7° (*in fine*). (Peña, 2014, p. 501).

Con relación con el agente del delito, el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, como ya hemos indicado, es considerado un delito común, de esta manera, podría ser cometido por cualquiera (Zagal Pastor, 2008, p. 301). En lo que se refiere al sujeto pasivo, este sería el Estado (Gallardo, 1998, p. 347).

En efecto, el sujeto pasivo en este delito sería la Administración pública, el Fisco o el Estado que ve lesionados los ingresos que, por concepto de operaciones

aduaneras, debe percibir.

Sujeto pasivo, lo será siempre el Estado, representado por la entidad administrativa, en el presente caso, la SUNAT.

2.2.3.3. Objeto material del delito

El objeto material del ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas serían las mercaderías cuya importación o exportación están prohibidas por la ley. Con la finalidad de verificar cuáles serían estas mercancías prohibidas, se tendría que revisar diferentes normas jurídicas administrativas. Sin embargo, en el proceso de control de mercancías restringida INTA-PE-00.06, se realiza un listado de diversas mercancías consideradas prohibidas, además de hacerse un agrupamiento de todas las normas que se encuentran dispersas respecto a este tema, el mismo que es materia de la presente tesis, en el contexto internacional.

Podemos señalar que resulta muy controversial la penalidad realizada por la importación o exportación de productos cuyo ingreso o salida de nuestro país se encuentra ya penalmente sancionado por la legislación. Respecto a lo mencionado, podemos referirnos al Derecho penal alemán, en el que se sostiene la denominada “teoría del manto”, que consiste en que el delito aduanero de importación o exportación de mercaderías prohibidas abarcaría como un manto todas las vulneraciones de las prohibiciones específicas. Por ejemplo, podemos señalar que la ejecución del delito de tráfico de drogas o el de introducción de máquinas o cuñas para la falsificación de billetes o monedas, podría considerarse tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, produciéndose una situación en la que estaríamos ante un concurso aparente de leyes o concurso ideal de delitos, dependiendo de si el mencionado comportamiento afecta dos bienes jurídicos penalmente protegidos, además de relevantes y que sean distintos. (García Caveró, 2007, p. 785).

Desde el punto de vista de García Caveró, el ilícito penal en estudio debería limitarse las mercaderías cuya comercialización se encontrarían

permitidas, pero que su prohibición o restricción al país se deba a fundamentaciones de carácter económico, específicamente, de mercado, como ejemplo de lo mencionado, podemos señalar la prohibición de autos usados o la prohibición de la importación de recursos naturales escasos, en tiempos difíciles, como sería el caso del petróleo. Lo mencionado, puede ser tomado como importante, desde el punto de vista de la cuantía de las mercaderías con la finalidad de determinar si estamos ante un ilícito penal o uno administrativo, lo que es difícil de explicar en sustancias como la droga, el dinero falso o los bienes culturales de la nación. Resumiendo, se puede considerar dentro de los límites del delito de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas a los productos de tráfico legal, pero que, por consideraciones de política de Estado, fundamentalmente económicos son prohibidos o restringidos en su importación o exportación (García Caveró, 2007, p. 785-786).

Hay que tener presente que las mercancías cuya importación o exportación se encuentran prohibidas o restringidas, de acuerdo con la normatividad penal, deberán poseer un valor superior a las cuatro Unidades Impositivas Tributarias para que recién puedan ser sancionadas penalmente, pues tendrían en estos casos relevancia penal (una cuantía menor hace que el hecho sea susceptible solamente de una sanción administrativa).

Es necesario acudir a las diversas normas extrapenales. Sobre el particular, es necesario destacar, como ya hemos indicado, que en el Procedimiento de Control de Mercancías y Prohibidas (INTA-PE-00.06) se hace una sistematización de las diversas mercancías que se encuentran prohibidas y restringidas en el territorio nacional. Por otro lado, el artículo 55 de la Ley N° 26842 (“Ley General de la Salud”) establece claramente la prohibición de fabricación, importación, tenencia, distribución y transferencia a cualquier título, de productos farmacéuticos y demás que señale el reglamento, contaminados, adulterados, falsificados, alterados y expirados.

Así mismo, el artículo 90 del mismo cuerpo normativo contempla de manera expresa la prohibición de importar, fabricar, fraccionar, elaborar,

comerciar, traspasar a título gratuito, distribuir y almacenar alimentos y bebidas alterados, contaminados, adulterados o falsificados o que hay sido declarados no aptos para el consumo humano por el organismo correspondiente.

Las mercancías prohibidas o restringidas no deben entenderse como mercancías absolutamente ilícitas. Debe referirse a mercancías cuyo tráfico es permitido, pero que por razones de política económica se ha dispuesto de su prohibición o restricción de entrada o salida al país. (García Caveró, 2007, p. 786).

2.2.4. Tipicidad subjetiva

En el delito en estudio es necesaria la presencia de dolo. Además, deberá concurrir, para que sea ilícito penal, un elemento subjetivo del tipo, consistente en el conocimiento de que las mercaderías proceden del ilícito penal de contrabando. En el caso de que no exista este elemento, la conducta pasará a ser atípica.

En el delito en estudio no se requiere sólo dolo directo, también denominado de primer grado, también podrías cometerse a través del dolo de segundo grado, también llamado “de consecuencias necesarias” o hasta en los casos de dolo eventual. Es válido señalar que el dolo del sujeto activo del ilícito penal estará constituido, a nivel cognoscitivo, por el conocimiento de que se está introduciendo o sacando del país mercaderías cuya importación o exportación está prohibida o restringida. Respecto a esta circunstancia relativa al dolo, existe una discusión específicamente con relación al conocimiento de dos aspectos específicos: por la legislación que prohíbe o restringe la comercialización internacional de determinadas mercaderías o bienes y, además, el valor de estas, que deben sobrepasar las 4 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Si nos referimos al conocimiento de la norma, diferente a la penal, que ordena la prohibición o restringe la importación o exportación de determinados productos, se podría considerar la teoría de la culpabilidad, con la finalidad de

indicar que el sujeto activo desconocía que estos bienes se encontraban en esa situación por parte de la ley, en este caso, la conducta fácilmente estaría dentro de los supuestos del error de prohibición señalado en el artículo 14, segundo párrafo, del artículo 14 del Código penal, pues la importación o exportación podría identificarse con la prohibición penal. García Caveró (2007), señala que el error sobre la prohibición de importación o exportación constituiría un aspecto del hecho que podría estar abarcado en el dolo, si se tiene en consideración que de acuerdo con este tipo de error, no podría atribuirse al sujeto activo el conocimiento activo del sentido de su accionar sin tomarse en cuenta la prohibición de importación o exportación. Desde este punto de vista, el error acerca de esta prohibición podría ser considerado como una exclusión de la imputación dolosa (p. 786). Pues, el error de prohibición invencible exime de responsabilidad penal, y el error de prohibición invencible atenuaría la responsabilidad penal (pena menor). En este tipo de casos, estaríamos ante un eximente de pena, si es que al sujeto activo del delito le hubiese sido imposible percatarse de su error.

El propio tipo penal, de manera expresa, exige que las mercancías deban superar la cuantía establecida en cuatro Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por lo que parecería lógico pensar que esta circunstancia que forma parte de un elemento cuantitativo debería estar abarcado en el dolo del sujeto activo, es decir, que este tiene que tener conocimiento del valor de las mercancías a importar o exportar y de que estas deben ser mayores a las UIT. Lo mencionado tiene su razón de ser en el presupuesto de que el valor del bien constituiría un elemento del tipo del injusto, por lo que debería estar integrado en el objeto del dolo. Desde el punto de vista de García Caveró (2007), no se trataría propiamente de un elemento del tipo, sino de un límite cuantitativo determinado por el propio legislador con el objetivo de evitar la denominada bagatelización del Derecho penal, y de esta manera solo se podría penar a partir de la circunstancia señalada, es decir, a partir de cierta gravedad señalada expresamente por la ley. Si consideramos la naturaleza del límite cuantitativo una circunstancia fundamental para excluirse la punibilidad, el dolo debería abarcar el mencionado

aspecto. (p. 787).

Analizar el tipo subjetivo del injusto de este delito es fundamental, en la medida que, al tratarse de una norma penal en blanco, la materia de prohibición no puede desvincularse de la legalidad administrativa, siendo este sector jurídico, el que define que mercaderías son “prohibidas” o “restringidas” y, esto es algo, que el agente debe saber, para dar por admitido el dolo. Y, esto tomando en cuenta que dichos términos están previstos en la estructuración típica, por lo que su desconocimiento ha de dar lugar a un error de Tipo y no a un error de Prohibición, v. gr., quien importa una mercancía, desconociendo de su carácter prohibido, está incidiendo en el supuesto de hecho que incide en la infracción normativa, no en el desconocimiento de la antijuridicidad; más póngase atención ante mercaderías de riesgosa naturaleza, que ya de por si manifiesta un sentido de ilicitud, por lo que no podría alegar un Error de Tipo el agente, en todo caso sería de naturaleza “vencible”, de muy difícil admisión por tanto su variante “invencible” (Peña, 2014, p. 506-507).

Es un delito doloso. Se le debe imputar al autor el conocimiento de haber introducido o extraído fuera de nuestro país, mercaderías cuya importación y exportación se encuentran prohibidas o restringidas. Es preciso indicar que existe un problema en la tipicidad subjetiva, consistente en el conocimiento de las normas extrapenales que prohíben y restringen los bienes y el valor superior a 4 Unidades Impositivas Tributarias de estos.

En la medida que el individuo puede alegar el desconocimiento de la prohibición del hecho (conocía los alcances de su conducta, pero desconocía que la misma estaba prohibida), podría argumentarse a favor de la concurrencia de un error de prohibición que, en caso de ser vencible, atenuaría la responsabilidad (pues su culpabilidad es disminuida), y en caso de ser invencible, dejaría impune el hecho (pues su culpabilidad es excluida). (Alpaca, 2015, p. 511). El fundamento a posición consistiría en la identificación entre la prohibición de importación o exportación con la prohibición penal (García Caveró, 2007, p. 786). Sin

embargo, de acuerdo con la posición que argumenta que el error sobre la prohibición de importación o exportación constituye un aspecto del hecho que debe ser abarcado por el dolo, pues no podría atribuirse al autor el conocimiento del sentido de su hecho sin que a la vez conozca la prohibición de importación o exportación. Consecuentemente, en caso de que el individuo actúe en error sobre aquella prohibición, deberá alegarse la concurrencia de un error de tipo, con las consecuencias dogmáticas que ello implica (García Caveró, 2007, p. 786).

En cuanto al segundo asunto, Alpaca Pérez no considera correcto entender que el valor de las mercancías (en este caso, las 4 UITs o más) es un elemento cuantitativo que deba ser abarcado por el dolo del autor (Alpaca, 2015, pp. 511-512), esto es, que sea entendido como un elemento del tipo de injusto (Martínez-Buján, 2007, p. 262 ss.). A lo largo de la investigación he sostenido que el elemento en comentario no se trata de uno que pertenece al tipo, sino que constituye un límite cuantitativo establecido por el legislador con la finalidad de evitar una bagatelización del Derecho penal, garantizándose así únicamente el castigo de hechos que se caractericen por poseer una determinada gravedad. De esta manera, la referencia al elemento cuantitativo de las 4 UITs constituye, una condición objetiva de punibilidad que no debe ser abarcado por el dolo del autor (García Caveró, 2007, p. 787).

2.2.5. Grados de desarrollo del delito: Tentativa y consumación

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas puede consumarse de varias formas:

En primer lugar, a través de la introducción de las mercancías en el territorio nacional. En la medida que el tipo penal no exige que la introducción de mercancía se realice por lugares habilitados para el tráfico de personas, bienes o medios de transportes, cabe plantear diversos supuestos: Primero, en el caso de que las mercancías se introduzcan por lugares no habilitados, el delito se consumará cuando las mercancías ingresen físicamente al territorio nacional; por

otro lado, si las mercancías ingresan por zonas habilitadas para el control aduanero, el delito se consumará cuando el dueño o consignatario pueda disponer de las mercancías.

En segundo lugar, el ilícito penal puede también consumarse con la extracción de las mercancías prohibidas o restringidas, que, al igual que en el escenario anterior, puede realizarse por lugares autorizados para ello o no (García Cavero, 2007, p. 787).

El delito se consuma con el transporte, embarque, desembarque o transporte de la mercancía, sabiendo que procede del contrabando, y siempre que ésta valga más de cuatro Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Por lo tanto, “los actos de carga y descarga de mercancía en un buque o avión representan ya la consumación del delito, al venir comprendidos dentro del concepto de embarque y desembarque, siendo indiferente el medio por el cual esto se realice” (Bramont-Arias Torres y García, 2008, p. 502).

En el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas puede sancionarse el grado de tentativa cuando el sujeto activo no consigue efectivamente introducir o extraer del país las mercancías materia del ilícito penal en estudio.

La más razonable, en la circunstancia de la exportación de mercaderías, sería tipificar como ilícito penal consumado la tentativa de extraer fuera del país las mercancías, pues luego de que estas se encuentren fuera del país, las posibilidades de descubrir la comisión del delito o de intervenir a los sujetos activos disminuye de una manera dramática. Una característica del tipo penal, es que se trataría de un ilícito considerado de emprendimiento, el mismo que permitiría sancionar como delitos consumados a los que intentan sacar del pas diversas mercaderías prohibidas o restringidas (véase, García Cavero, 2007, p. 788).

Con el objetivo de individualizar el castigo en grado de tentativa, resulta trascendente verificar desde cuando comenzaría la misma en el delito en estudio. Respecto a lo mencionado, podemos indicar que en la medida en que el

comportamiento típico es definido a través de los verbos rectores introducir y extraer, es posible entender que la tentativa comenzaría a ser considerada desde el momento en que se emprenderían acciones dirigidas de manera inequívoca a ingresar o sacar mercaderías del país.

En el caso de la introducción, está claro que la conducta típica comienza con el paso de la frontera o la solicitud a las autoridades aduaneras para introducir las mercancías.

En el primer caso, es decir, introducir las mercancías, implicaría una mayor complejidad, pues las acciones de la Administración aduanera de control previo de los diversos actos dirigidos a extraer mercaderías del Perú podrían necesitar una definición amplia de la conducta típica que permita una sanción penal de manera anticipada.

En ese caso, la extracción de mercancía comenzaría desde que, de manera inequívoca, se conducen las mercancías a la frontera para extraerlas del territorio nacional (García Caveró, 2007, p. 788).

Con todo, en el caso de la extracción de mercancías prohibidas o restringidas, García Caveró propone de *lege ferenda* una modificación, en el sentido de configurar esta específica modalidad como un delito de emprendimiento, como ya hemos indicado con anterioridad. La justificación de esta interesante propuesta -según el mencionado autor- consistiría en el reconocimiento de que una vez que las mercancías se encuentran fuera del país, las posibilidades de descubrir el delito o capturar a los autores se reducen considerablemente. (García Caveró, 2007, p. 788)

En conclusión, la tentativa comenzará a ser tomada en cuenta desde el momento en que se emprenden actos objetiva e inequívocamente dirigidos a transportar las mercancías prohibidas o restringidas hacia fuera o hacia dentro del territorio nacional.

2.2.6. Penalidad

Para el caso del ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas la Ley de Delitos Aduaneros prevé una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa.

Podemos concluir que la cuantía de la penalidad presenta diferentes cuestionamientos, pues podría verse vulnerado el principio de proporcionalidad de la pena, si se tiene en cuenta que en el delito de homicidio doloso -artículo 106 del Código penal-, por ejemplo, se observa un marco penal mínimo de 6 años de pena privativa de libertad, es decir, se verificaría una pena menor a la del tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

Desde el punto de vista de un Derecho penal utilizado con la finalidad de proteger coherentemente los bienes jurídicos, de acuerdo con el principio de lesividad, no podría utilizarse el derecho penal por parte del legislador sustentado en razones de especial sensibilidad social en determinados momentos. Si bien es posible que los aspectos coyunturales incidan en la respuesta penal, esta incidencia no podría trastocar el orden de jerarquía de los bienes jurídicos. (García Cavero, 2007, pp. 788-789).

2.2.7. Aspectos concursales

El artículo 222° del Código penal, referido al delito de fabricación o uso no autorizado de patente, contempla, dentro de sus modalidades típicas, a la “importación” o “exportación” ilegal (pues implican la vulneración de normas y derechos de propiedad industrial) de diversos elementos que constituyen los objetos de la acción en el referido delito. Pues bien, como puede preverse, en el caso en que se produzca un ingreso o extracción de mercancías que reflejen la afectación de normas y derechos de propiedad industrial (productos con marcas falsificadas, por ejemplo), resulta interesante plantear la posibilidad de alegar la existencia de un concurso de delitos entre el mencionado delito de fabricación o

uso no autorizado de patente y el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

Evidentemente, solo se podría discutir la posibilidad de concurso de delitos cuando el valor de las mercancías supere las cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias que exige el tipo penal del artículo 8° de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008- para entender al hecho como jurídico-penalmente relevante. (Alpaca, 2015, pp. 514-515).

Pues bien, dado que en el mencionado caso solo podría constatarse una unidad de acción (con lo cual se descarta de plano la posibilidad de concurso real de delitos), debe discutirse sobre la posibilidad de que concurra un concurso ideal o un concurso aparente de leyes penales. Siendo esto así, pienso que en el presente caso existe este último, esto es, un concurso aparente entre el delito de fabricación o uso no autorizado de patente y el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, pues el delito aduanero, de conformidad al principio de consunción, absorbe el desvalor del primero.

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas concentra su desvalor jurídico-penal en la introducción o extracción de mercancías a través de la “infracción de normas específicas”, en este caso, las que se refieren a la propiedad industrial. Por ello, solo podría ser materia de imputación el delito contemplado en el artículo 8° de la Ley de Delitos Aduaneros –Ley N° 28008- (con la correspondiente pena privativa de libertad de ocho a doce años, cuantitativamente superior a la prevista para el delito recogido en el artículo 222° del Código penal, que oscila entre dos a cinco años). (Alpaca, 2015, p. 515).

2.2.8. La regulación especial de la tentativa

El artículo 9 de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008- regula la tentativa de manera especial para el mencionado tipo de ilícitos penales. Sin embargo, tenemos que señalar que no existe una definición de la figura jurídica de la tentativa dentro del mencionado dispositivo legal, por lo que habría que entender que la definición del artículo 16 del Código penal resultaría para estos casos igualmente aplicable.

La regulación especial de la tentativa permite incidir únicamente en la parte referida a la penalidad. A diferencia del artículo 16 del Código penal, que prevé una reducción prudencial de la pena, el artículo 9 de la Ley de Delitos Aduaneros establece una pena fija para la tentativa en los delitos aduaneros: la pena mínima legal que corresponda al delito consumado.

En el artículo 9 de la Ley de Delitos Tributarios -Ley N° 28008- se plantea un tratamiento específico para tentativa en los delitos aduaneros. En ese sentido, aunque para entender el concepto de tentativa sea necesario recurrir al artículo 16 del Código penal, lo característico del artículo 9 de la Ley de Delitos Aduaneros consiste en lo concerniente a la penalidad de la tentativa.

Tomando como ejemplo el delito de contrabando (artículo 1 de la Ley de Delitos Tributarios – Ley N° 28008-), si la pena privativa de libertad a imponer debe ser entre cinco a ocho años, en el caso que el delito haya quedado en grado de tentativa, se impondrá una pena privativa de libertad de cinco años.

En el caso del delito de tráfico de mercancías prohibidas, regulado en el artículo 8 de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, si la pena privativa de libertad a imponer es entre ocho y doce años, en el caso de que el delito quede en grado de tentativa se impondrá una pena privativa de libertad de ocho años.

La opción asumida por el legislador en la regulación de la tentativa debe ser criticada pues parece establecer, para la tentativa, un régimen de pena tasada, que expresa claramente una vulneración al principio de culpabilidad y de graduación de la pena (Bramont-Arias Torres, 2003, p. 72).

La política criminal en determinados ámbitos delictuales presenta diversas aristas de particularidad, ciertas notas distintivas que hacen del enunciado legal, una caja de pandora, al advertirse regulaciones punitivas que se corresponden con su real naturaleza (Peña Cabrera, 2014, p. 509).

Visto, así las cosas, observamos una falta de coherencia entre las figuras jurídico-penales -contenidas en la parte general del Código penal-, con las disposiciones específicas de la parte especial del mismo, una suerte de declaraciones encontradas, que encuentran explicación en factores que desbordan un plano estrictamente *dogmático*, instituyéndose en consideraciones puramente *utilitaristas*, o dígase *eficientistas*, que se perfilan en el marco de una política penal, que pretende reforzar sus directrices *punitivistas*, y este es un rasgo fundamental en el “Derecho Penal Aduanero”, pese a las últimas reformas normativas. (Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 509).

No encontramos otra razón, que el de apelar a la norma *jurídico-penal*, como un instrumento capaz de generar efectos cognitivos poderosos en la población, mediando una probable intimidación en sus potenciales autores e incidiendo en un mensaje comunicativo a todos sus destinatarios; bajo tal contexto, encontrar regulaciones normativas, como la descrita en el artículo 9º de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, no es en realidad una sorpresa, sino más bien, un predicado común en las imparable modificaciones legales que acontecen en el texto punitivo y en las Leyes Penales Especiales. (Peña, 2014, p. 509).

Lo cierto y concreto, es que la “tentativa”, se encuentra reglada en el artículo 16 de la parte general del Código penal, estableciéndose los presupuestos (objetivos y subjetivos), de su configuración, así como su consecuencia jurídica; si esto es así, este precepto resulta de aplicación a toda figura delictiva, incluyendo las modalidades del injusto típico en el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. (Peña, 2014, p. 509).

Claro está, la punición de la tentativa no será siempre posible, pues la estructura y sustantividad de ciertos delitos lo impide, como son los tipos de mera actividad y peligro abstracto y, esto es algo, que debe entenderse en el marco de los Delitos aduaneros, que dependerá de la estructura de cada tipo legal, sea una modalidad de Contrabando o de Defraudación de rentas de aduana, si es

que se puede aplicar o no la figura del delito tentado, por lo que no se vaya a pensar, que el hecho de que se haya procedido a normar expresamente esta institución, en todo injusto penal aduanero, pueda admitirse la tentativa, así en el caso de modalidades “omisivas”; así, en la doctrina nacional, al ponerse como ejemplo, que en el paso de mercancías por zonas no habilitadas donde no existen oficinas de Aduana, que automáticamente configura contrabando, cuando las mercancías han traspasado la línea fronteriza que divide el territorio peruano con el de otro país (Mirabal, 2010, p. 364).

Si es que el artículo 16 (*in fine*) del Código penal, ha establecido en su estructura legal, que: “el Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”, es porque la reacción penal, esto es, la “pena”, no puede ser concebida como una respuesta jurídica automática, desprovisto de toda valoración, todo lo contrario, de ajustar la sanción punitiva a un mínimo de racionalidad, que en términos técnicos supone hacer uso del principio de “proporcionalidad”, concatenado con el principio de “lesividad”. No es igual, ya la muerte de la víctima, que el desfunde del arma de fuego por parte del autor, no es lo mismo intentar romper los candados de una puerta, que ingresar al interior de la morada y apropiarse de todos los bienes muebles de su interior, no se puede equiparar el desgarrar de las prendas de vestir del sujeto pasivo con la penetración en una de sus vías orgánicas, etc. (Peña, 2014, p. 510).

Si esto es así, es de recibo, que el delito “tentado”, no pueda ser sancionado con la misma intensidad punitiva que el delito “consumado”: no en vano distinguir -con propiedad científica-, cuando estamos ante una tentativa o ante una perfección delictiva, desborda un planteamiento puramente teórico, al imbricarse en razones de Justicia, los cuales aconsejan que el inicio de los actos ejecutivos deben ser reprimidos con una pena menor que los actos ya típicamente consumativos.

No hacer esta distinción, es dejar de lado, los estudios elementales de la teoría del delito, que ha generado la realización de tantos esfuerzos para la

juricidad penal, por lo que se podría considerar contrario a lo indicado por la dogmática el que se haya dispuesto la sanción del ilícito penal tentado (aduanero), con la pena mínima del delito consumado, lo cual no solo vulnera los principios de proporcionalidad y lesividad, pues obligará al juzgador a fijar de antemano la sanción a aplicarse, olvidándose que en el proceso de la determinación o individualización de la pena, no podrían existir parámetros, peor si estos están legamente establecidos, dejando de lado la actividad jurisdiccional de dosificación punitiva que se tienen que realizar, de acuerdo con los valores de un orden democrático de derecho. (Peña, 2014, p. 510).

No puede dejarse de lado, que aparte de la tentativa, -que en algunos casos pueda llevar a una pena por debajo del mínimo legal-, existe- otros factores de atenuación, que no pueden ser soterrados o ignorados que indicarían -aún con esta inconsecuente regulación-, que se pueda rebajar el *quantum* de pena, por debajo del mínimo legal. (Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 510).

Definir con toda propiedad de hermenéutica, la conceptualización de la “tentativa”, desde la construcción normativa contenida en la Parte general, es de especial importancia -en el caso que nos ocupa-, en la medida que la previsión legal del artículo 9º de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, no puede ser interpretada y analizada al margen de dicho dispositivo legal.

Según lo normado en el artículo 16 del CP: “Con *la tentativa el agente da inicio a la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo*”; por lo tanto, se requiere, por una parte la existencia de una decisión de cometer un delito, y por otra, un comportamiento que represente el comienzo de la ejecución del hecho, pero, esta representación debe tener una base real y racional, pues la mera suposición del autor de haber cometido un injusto penal no puede ser calificado como tentativa, en la medida que el Derecho penal, no puede valorar en forma positiva, conductas que no tienen la idoneidad de trascender el plano subjetivo del agente y afectar perjudicialmente bien jurídico alguno. (Peña, 2014, p. 511).

Con la tentativa el autor ya cuenta con una esfera cognoscible representativa del riesgo no permitido -que está generando-, en el cual se aprecia un dolo con la misma intensidad que se observa en la fase consumativa, es decir, el autor pretende la realización del resultado, con dolo, pero la realización típica no llega a materializarse por motivos o circunstancias ajenas a su persona (delito frustrado), en consecuencia, no se puede decir que existe un dolo distinto en la tentativa que en la consumación, simplemente, éste en la tentativa no llega a tomar lugar, conforme al plan del autor. (Peña, 2014, p. 511).

En palabras de Cuello Contreras (1999) la tentativa sólo existe cuando se ha puesto en marcha un nexo causal adecuado para la producción de un resultado (la sede por antonomasia de la tentativa), incluye también como elemento esencial de la causalidad conforme a ley. Con este criterio se excluyen del ámbito de la tentativa -sigue señalando el autor- los supuestos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa, caracterizada, precisamente, porque en ella, el autor se ha representado un nexo causal que sólo en su mente, pero no conforme al saber nomológico acuñado, es susceptible de causar el resultado (p. 286).

La tentativa ha sido objeto de explicación dogmática por parte de una serie de teorías a efectos de fundamentar su delimitación con los actos meramente preparatorios, desde una teoría “formal-objetiva”, “material-objetiva” y “subjetiva”.

La “teoría subjetiva” toma en consideración la voluntad del autor de infringir la norma penal basta voluntad de realización típica, sin la necesidad de una efectiva puesta en peligro del bien objeto de tutela.

Según la teoría subjetiva, (...), la tentativa empieza, por principio forma diferente, esto es, cuando la acción resulta inequívocamente objetivo delictivo propuesto (Welzel, 1976, p. 265).

Bastará, -entonces-, la representación del autor con el hecho que ejecuta para dar por fundamentada la punición de la tentativa, sin interesar que, desde una perspectiva *ex ante*, se haya estado realmente en posibilidad de lesionar un interés jurídico. Según ello, no importa la producción de una lesión concreta del bien jurídico, ni siquiera el peligro de su producción; de forma, que el desvalor del resultado no tendría relevancia alguna a efectos de fundamentar una mayor pena. Por lo tanto, la tentativa requiere el inicio de los actos de ejecución, de poner en peligro un bien jurídico de forma real y concreta. (Peña, 2014, p. 312).

En el mismo artículo 9 se regula también el desistimiento en los delitos aduaneros. Una lectura de este dispositivo penal permite concluir que no existe ninguna diferencia sustancial con la regulación general del desistimiento en el Código penal (Bramont-Arias Torres, 2003, p. 72).

Es autor quien tiene dominio del hecho, -manifestado en una conducta de realización típica (dolo)- que no necesariamente alcanza la perfección delictiva (tentativa); siendo así, el legislador ha previsto una disminución prudencial de la pena en el caso de imperfecta ejecución. Sin embargo, en algunos casos, el hecho de que la perfección delictiva (consumación) no llegue a buen puerto, puede obedecer a un acto “voluntario” del actor de no concretar el plan criminal en toda su extensión, pues de *motu proprio* se aparta de su propia resolución criminal y, decide retornar al ámbito de la legalidad. Dicha actuación positiva del autor merece una respuesta político-criminal -privilegiada-, a efecto de dispensar de pena a quien se ha desistido de consumir el injusto penal. (Peña, 2014, p. 515).

Importan, -por tanto-, consideraciones político-criminales las que abonan por una abdicación de la sanción punitiva, que, en definitiva, corresponden plenamente a una consideración material del injusto, definido por los criterios de “necesidad” y “merecimiento” de pena, que se compaginan idealmente en los fines preventivos del Derecho penal. (Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 515).

Ahora bien, la impunidad no podrá darse en todos los casos, pues de ser así, se estaría renunciando ilegítimamente a los fines superiores del Derecho penal: la protección preventiva de bienes jurídicos. Por consiguiente, cuando los actos ya ejecutados son constitutivos de un tipo penal, esta conducta debe ser penalizada, v. gr., cuando desiste de disponer la mercancías, que ya ha sido extraída o ingresada al territorio nacional, ya el bien jurídico tutelado se verá perturbado en su inmaterial naturaleza; cuestión distinta será, cuando una vez llegado el agente a la zona de inspección aduanera, se desiste de no presentar ante la Administración aduanera, el objeto material del delito (Contrabando), poniéndolo a su vista. Si estamos ante el conductor que se dispone a desplazar la mercadería de carácter “restringida” y, simplemente, en un acto de constricción personal, decide no emprender dicha conducta, no se configura el “Desistimiento”, al cual alude el artículo 9º de la Ley de Delitos Aduaneros – Ley N° 28008- no por un tema de falta de verdadera voluntariedad, sino porque estamos ante actos en realidad “preparatorios”, no ajustables a la naturaleza y esencia de actos típicamente *ejecutivos*. (Peña, 2014, p. 515).

2.3. Definición conceptual de la terminología empleada

2.3.1. Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas

Delito que consiste en transportar, embarcar, desembarcar o transbordar, por cualquier medio, mercancías cuyo valor sea superior a cuatro UIT (Unidad Impositiva Tributaria). En realidad, con la tipificación de esta conducta no se pretende más que castigar también de manera específica determinados actos de colaboración en el delito de contrabando, especialmente aquéllos referidos al traslado de la mercancía ya sea para internarla en el país, ya sea para sacarla del mismo, en la medida que la práctica en estos ilícitos penales demuestra que son actos casi de auténtica cooperación necesaria en su comisión.

2.3.2. Tentativa

La tentativa es comenzar a ejecutar el delito que se decidió cometer sin consumarlo, el artículo 16 del Código penal señala que, en estos casos, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena.

2.3.3. Delitos aduaneros

Los delitos aduaneros, definen un campo de actuación que no resulta reductible a la esfera recaudadora de la Administración, sino que las propias funciones que se les asigna a este estamento estatal definen una actividad controladora, en cuanto a verificar la naturaleza, especie y otras características, de las mercancías que ingresan o egresan del territorio nacional; deberes que se comprenden en un marco de comercio exterior, en cuanto a labores compartidas de los Estados.

2.3.4. El recurso de casación

Nuestro tribunal Constitucional, en el Recurso de Casación N° 508-2013 interpuesto por el Procurador Público de Superentendía Nacional de Aduanas y Administración Tributaria- SUNAT, seguidos contra Pedro _Mario Manchego Salazar por el delito contra la Administración Aduanera – Trafico de mercaderías prohibidas y restringidas en grado de tentativa.

Si bien la fundamentación de la Procuradora Publica se basan al a tentativa realizada por el denunciado los miembros de tribunal declaran infundado por el motivo que denunciado interpuso un excepción de naturaleza de acción en Primera Instancia, basada en que no se dio la tentativa ya que dicho vehículo no fue introdujo al territorio peruano, si bien en trámite para que ingrese el vehículo este realizó este no se dio por falta de requisitos establecidos en la normas administrativas establecidas en el control aduanero.

CAPÍTULO III
MARCO MÉTODOLÓGICO

3.1.

3.2. Tipo, nivel y diseño de investigación

El paradigma encontrado es positivista, se aplica la ciencia para explicar un problema social que se adecua a la realidad y se ventila en un ámbito jurídico, el investigador o la tesista en este caso investiga para encontrar una respuesta sobre la regulación especial de la tentativa en el tráfico de mercaderías restringidas o prohibidas.

El tipo de investigación, el diseño, al igual que la muestra, la recolección de datos y el análisis, va surgiendo desde el planteamiento del problema hasta su finalización, y desde luego sufre modificaciones, aun cuando es más bien una forma de enfocar el problema de interés. (Hernandez, Fernandez y Baptista, 2014)

“El método es el conjunto de reglas científicas (entiendo como conjunto de procedimientos) idóneas para identificar, interpretar y entender el vasto campo del derecho” (Ramos, 2011, pag 89). Ramos, C. señala que: Como el Derecho es una disciplina basada en la persuasión o el convencimiento de nuestros interlocutores, que pueden ser el juez, el abogado contrario, el jurado, el lector de un libro de Derecho por los examinadores de una tesis, es crucial conocer los métodos que son útiles para dotar de significado a los textos normativos. La metodología en general se distingue de la metodología jurídica en el carácter argumentativo del Derecho. (2011, p.143).

3.2.1. Tipo de investigación

La investigación realizada es de tipo básico puro, siendo que este tipo de investigación denominada también sustantiva, la cual consiste en la descripción, predicción o explicación de un hecho o de una realidad, y que tiene como objeto mejorar el conocimiento teórico científico. (Bunge, 1980)

En este sentido, la investigación tiene un enfoque cuantitativo, considerándose que, la aplicación de un enfoque cuantitativo en la rama de ciencias sociales se origina fundamentalmente por las teorías planteadas por Conte y Aurkham, quienes

propusieron que el estudio de los fenómenos sociales requiere ser científico, fundamentos recogidos ante la implementación de una corriente positivista. (Hernández, Fernández u Baptista, 2014)

El método de investigación es el procedimiento riguroso, formulado de manera lógica y coherente, que todo investigador debe seguir para la adquisición del conocimiento científico.

Por un lado el nivel de investigación, conforme a la naturaleza o razón de ser la presente investigación, es descriptivo, toda vez que se identifica las características, propias y perfiles importantes de un determinado fenómeno para emitir el objeto a estudiar, la misma que viene en describir la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas.

Los métodos de investigación están referidos a diversos procedimientos que debe seguirse para contrastar y demostrar nuestra hipótesis, alcanzar nuestros objetivos y dar una solución al problema.

Además, por cuanto de las encuestas e informes estadísticos se podrá demostrar que esta regulación especial no debería ser aplicada por cuanto vulneraría lo señalado en el artículo 16 del Código penal peruano.

3.2.2. Diseño de investigación

El diseño de investigación implementado en el presente trabajo es descriptivo- y explicativo de tipo no experimental, debido a que se han estudiado hechos ex post facto correlacional, en los Delitos Aduaneros.

Es descriptivo, porque el fenómeno investigado será analizado por la connotación desde su entrada en vigencia en la Ley de Delitos Aduaneros, a partir de su aplicación en la realidad.

Es explicativo, pues se acoge el problema desde diversos aspectos involucrados como un todo, analizando factores normativos, axiológicos y sociales.

Para luego a partir de inferencias se puede predecir e incluso transformar la realidad problemática existente.

Es, no experimental, porque no se manipulas deliberadamente las variables ya que se trabajan con dos variables que se acoplan a una realidad.

3.3. Población y muestra

3.3.1. Población

Se constituye como población al acumulado de todos los campos que conciertan con establecidas especificaciones de la cual es estudiada y se generaliza los resultados. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014)

La población objetiva son diversos abogados de la especialidad penal de Lima, en donde se vendría aplicando la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, en relación al tema de investigación.

3.3.2. Muestra

La Muestra es subgrupo de la población, en la cual se recolecta los datos y tiene que ser representativo a la población (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Por lo que la investigación, la muestra tiene como componentes 23 abogados especializados en derecho penal, de diferente género 8 mujeres y 15 hombres.

Para determinar el tamaño óptimo de la muestra, se utilizará la fórmula de muestreo aleatorio simple, donde la confiabilidad es óptima con las siguientes características: mayores de edad y profesionales, de diferente género y distintos estratos sociales con los datos siguientes:

Tabla 1

Muestra de población encuestada

Categorías	Abogados	Total
Femenino	8	8
Masculino	15	15
	Total	23

3.4. Hipótesis

3.4.1. Hipótesis General

La regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no es posible, en la medida que vulnera el principio de aplicación de la norma más favorable al reo.

3.4.2. Hipótesis Específicas

La aplicabilidad de regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas causa perjuicio al procesado, afectándose el principio de aplicación de la norma más favorable al reo.

La aplicabilidad de regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas causa perjuicio al procesado, afectándose el principio de legalidad.

3.5. Variables – Operacionalización

Se debe realizar una interpretación mucho más garantista no solo para el imputado por parte del *a quo* ya que si la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se realiza, este, a la hora de resolver, se encontrará en una situación que genere una determinación de pena atentatoria contra los derechos del encausado, por lo que su decisión, no permitirá la expedición de una sentencia arreglada a ley, sino una que sea injusta.

En la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008- se manifiesta la posibilidad de que el juez al momento de evaluar la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, se reprima el ilícito penal con la pena mínima legal que corresponda al delito consumado.

Tabla 2

Variables Operacionalización

VARIABLES	DEFINICIÓN NOMINAL	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS/INSTRUMENTOS
Tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas	Es el comienzo de la ejecución del delito sin consumarlo.	1. No aplicación de la regulación especial de la tentativa por vulneración de principios. 2. La Actitud de los jueces.	1 Existencia de beneficios que contribuyen con el objetivo final del proceso penal: Principio de favorabilidad de la ley penal. 2 Falta de una postura normativa clara, se contradicen dos normas penales.	Técnicas: - Revisión Documental - Encuesta - Estadística - Fichas Instrumento: - Matriz de categorías. - Cuestionario
Vulneración de principios con la aplicación	El tráfico de mercaderías prohibidas o restringidas es un delito cometido por el que utilizando			

especial de la tentativa en el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas	cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancía por cuantía superior a 4 UIT cuya importación o exportación está prohibida.	1. Principios de graduación de la pena. 2. Principio de favorabilidad.	1. Características de la tentativa (art. 16 CP). 2 análisis lógico-jurídico de la norma y la doctrina penal	
--	--	---	--	--

3.6. Métodos y técnicas de investigación

Se ha procedido a recolectar datos, aplicándose de acuerdo a nuestro método y diseño de investigación, los instrumentos de la encuesta mediante cuestionarios, además de entrevista, además de la realización de observación objetiva de los hechos *in situ*. Se debe añadir que se ha realizado un análisis documentario y sistemático. Se tuvo que analizar, estudiar, además de contrastar las distintas teorías de diferentes operadores de justicia.

A. Diseño de técnicas de recolección de información.

- Libros.
- Revistas jurídicas.
- Herramientas de Internet.
- Sentencias judiciales.
- Evaluación del tema en el Poder Judicial (distrito judicial donde laboro).

3.7. Descripción de los instrumentos utilizados

3.7.1. Procesamiento de datos

Al final, los datos obtenidos fueron analizados, además los cuadros fueron elaborados y presentados en Word.

3.8. Análisis estadístico e interpretación de los datos

Después del trabajo de campo, mediante la utilización de cuestionarios a los abogados de distintos lugares de Lima y de la muestra seleccionada aleatoriamente se procedió al conteo y categorización de los datos, luego procedimos a ordenarlos en cuadros estadísticos para su lectura.

En realidad, la tesis versa sobre un tema jurídico y apoyados en las doctrinas y la técnica jurídica, que centra el análisis en las técnicas estadísticas respecto de las consecuencias positivas, que resultan de la contrastación del cuestionario planteado, con lo mencionado por el artículo 9 de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-.

3.9. Consideraciones Éticas

En el presente trabajo de investigación se citarán y expondrán como referencias bibliográficas los pensamientos e ideas de los diversos autores consultados, otorgándoles el crédito autoral correspondiente de acuerdo con la legislación de la materia.

En los últimos tiempos, se ha observado con preocupación, la existencia de denuncias por delitos contra el derecho de autor, cometidos por candidato a la Presidencia de la República y el Congreso, específicamente del delito de plagio, por lo que en el presente trabajo se evitará tomar ideas de algún autor sin reconocer su autoría de acuerdo con las normas APA y con su incorporación a las referencias bibliográficas, señalándose el nombre del autor, libro, edición, editorial, ciudad y año.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Contrastación de hipótesis

La contrastación, como señala el epistemólogo Karl Popper, significa probar la validez de las hipótesis con los datos de la realidad, datos que fueron obtenidos mediante los instrumentos de medición en el trabajo de campo.

Los resultados de nuestra encuesta reflejan las tendencias observadas en la muestra poblacional que describimos en el diseño del muestreo.

Debiendo establecerse que el estudio del problema planteado en nuestra tesis, por una parte, se sustenta en el análisis doctrinal que hacemos desde la descripción y formulación del problema hasta el marco teórico y la formulación de nuestras hipótesis, partes en las que describimos y explicamos la doctrina del derecho que sustentan nuestra tesis referida a “La regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas”.

Por otra parte, sustentamos complementariamente nuestra tesis en los resultados del cuestionario que a continuación presentamos en 08 cuadros de resultados y que reflejan, no solo, las opiniones frente a la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercaderías prohibidas o restringidas, sino también respecto a las consecuencias de su inaplicabilidad de esta.

Estos resultados se presentan en ocho cuadros, que son significativos en la medida en que se trata de una muestra de personas directamente involucradas con el tema de nuestro estudio.

4.2. Análisis e interpretación

Si los datos confirman las hipótesis, entonces con la interpretación se logra la explicación de los resultados, utilizando los criterios dados por la lectura correcta de ellos y dados por la doctrina jurídica. Como resultado del análisis tenemos que las hipótesis han sido validadas a través de cuestionarios, pues las respuestas confirmaron los supuestos planteados, a partir de la definición operativa de nuestras variables de investigación son:

Veamos los resultados obtenidos con su análisis e interpretación que se completa en la discusión.

1. ¿Estima Ud. que, es posible la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas?

Tabla 3. Clasificación de Respuesta de encuestados de Pregunta N°1

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	2
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	0
Estoy disconforme	3
Totalmente en desacuerdo	18

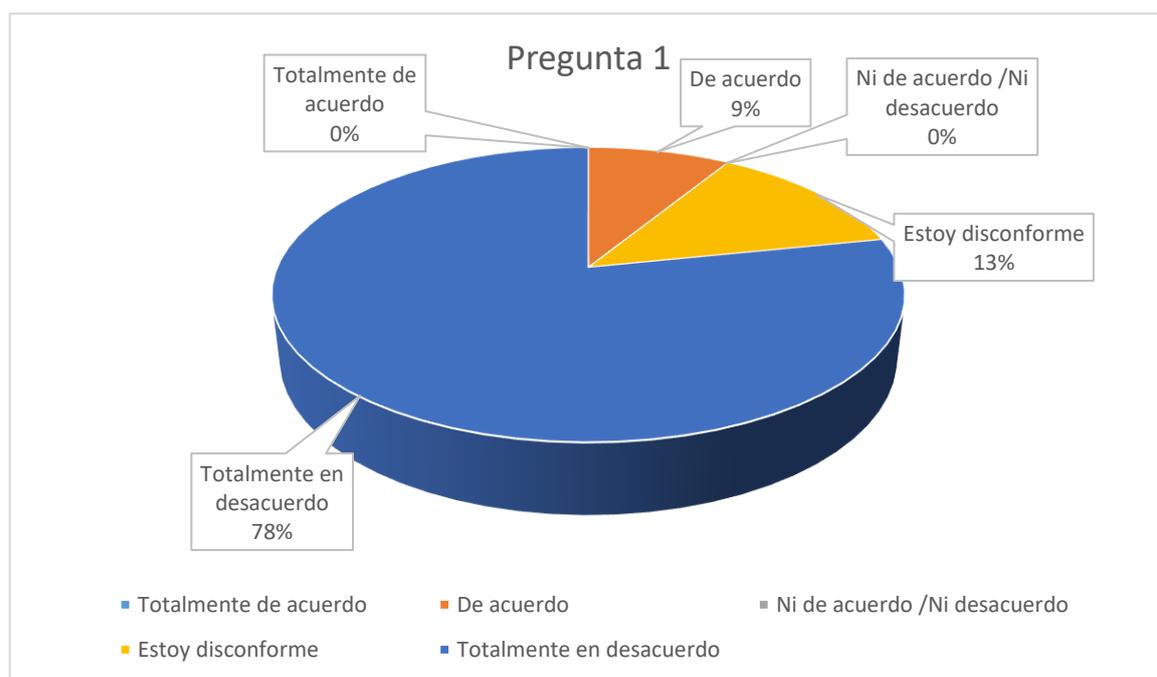


Figura 1 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°1

En el **cuadro 1** podemos verificar que el 78% de los encuestados están totalmente en desacuerdo y consideran que no sería posible la aplicabilidad de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

2. ¿Considera Ud. que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas es beneficioso para el proceso penal?

Tabla 4. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°2

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	5
Estoy disconforme	2
Totalmente en desacuerdo	13

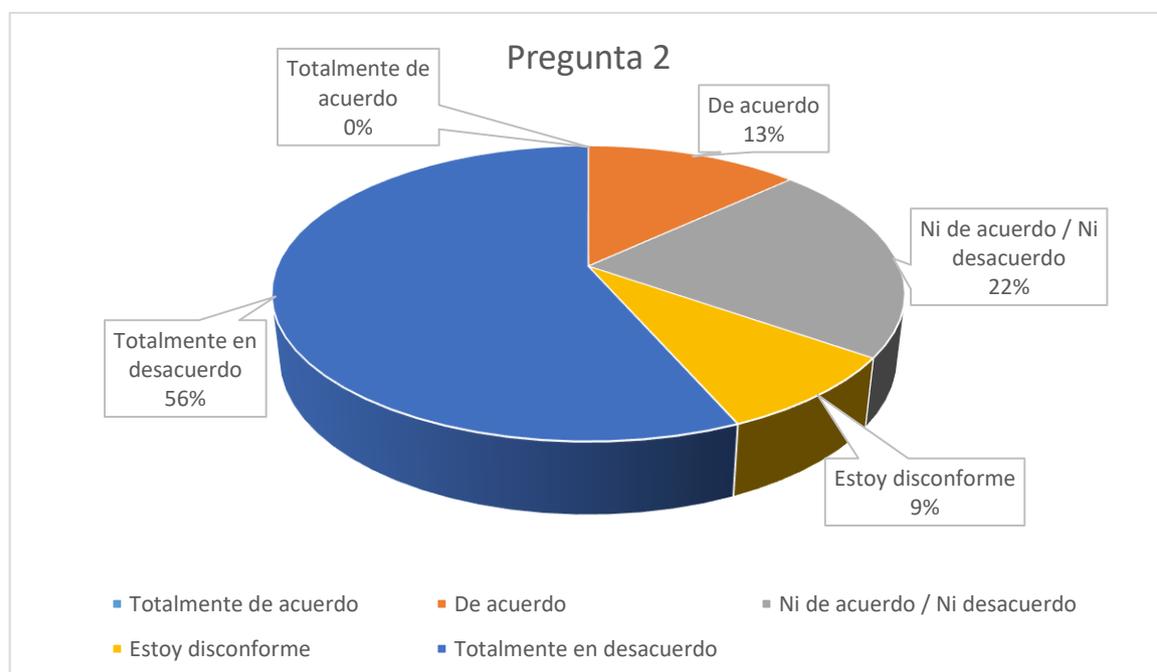


Figura 2 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 2

En el **cuadro 2**, apreciamos también, que el 56% de los encuestados están totalmente en desacuerdo con la aplicación de la regulación especial de la tentativa ya que creen que no sería beneficioso para el proceso penal.

3. ¿Usted cree que la aplicabilidad de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera derechos procesales?

Tabla 5. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°3

Opinión	
Totalmente de acuerdo	20
De acuerdo	2
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

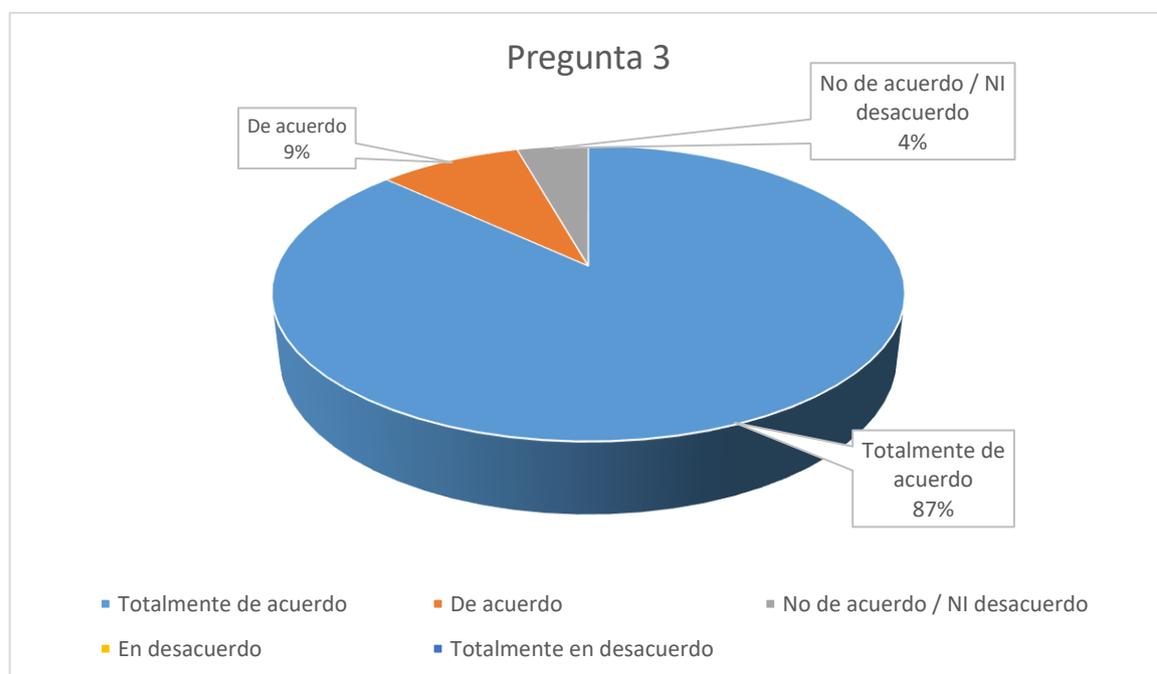


Figura 3. Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 3

En el **cuadro 3**, el 87% de encuestados están totalmente de acuerdo y consideran que la aplicabilidad de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera principios del derecho penal.

4. ¿Cree Ud. que los jueces deberían aplicar la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas?

Tabla 6. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°4

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	0
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	21

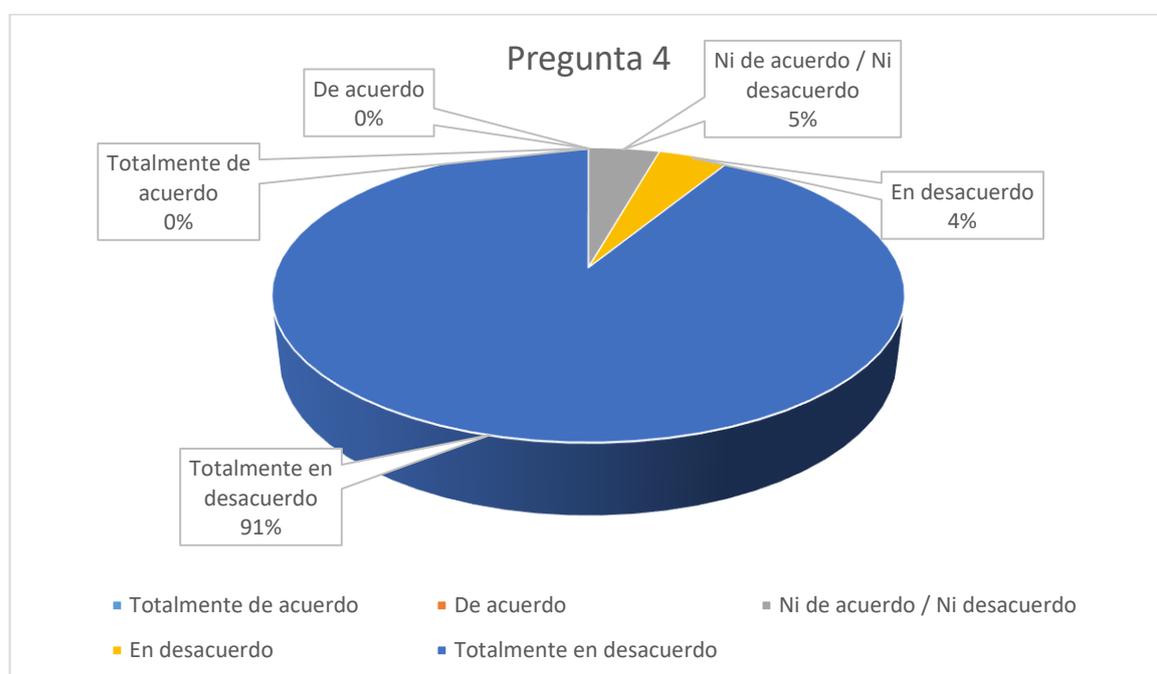


Figura 4. Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 4

En el **cuadro 4**, el 91% de encuestados están totalmente en desacuerdo y consideran que los jueces del país no deben aplicar la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera principios del derecho penal.

5. ¿Usted cree que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de favorabilidad de la ley penal?

Tabla 7. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°5

Opinión	
Totalmente de acuerdo	20
De acuerdo	1
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	2
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

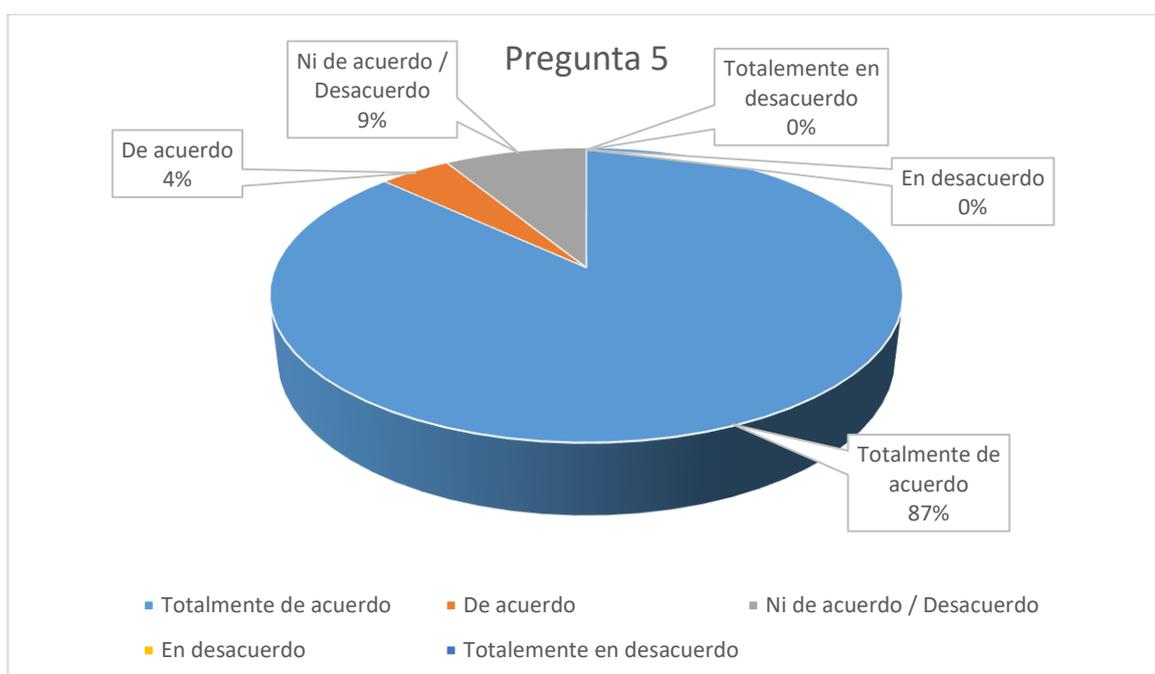


Figura 5 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 5

En el **cuadro 5**, el 87% de encuestados están totalmente de acuerdo y señalan que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de favorabilidad de la ley penal.

6. ¿Estima Ud. que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de legalidad del Derecho penal?

Tabla 8. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°6

Opinión	
Totalmente de acuerdo	17
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	2
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	0

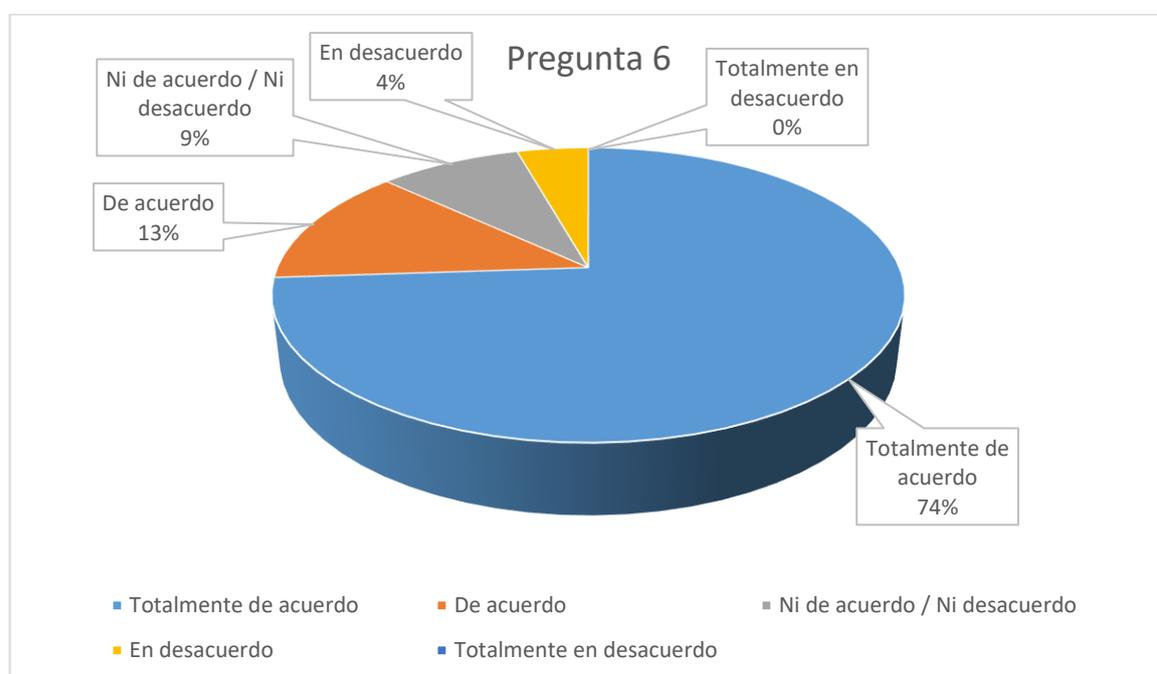


Figura 6. Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 6

En el **cuadro 6**, el 74% de encuestados están totalmente de acuerdo y señalan que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de legalidad.

7. ¿Considera Ud. que se debe aplicar el artículo 16 del Código penal en el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas con relación a la tentativa?

Tabla 9. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°7

Opinión	
Totalmente conforme	19
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	0
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	0

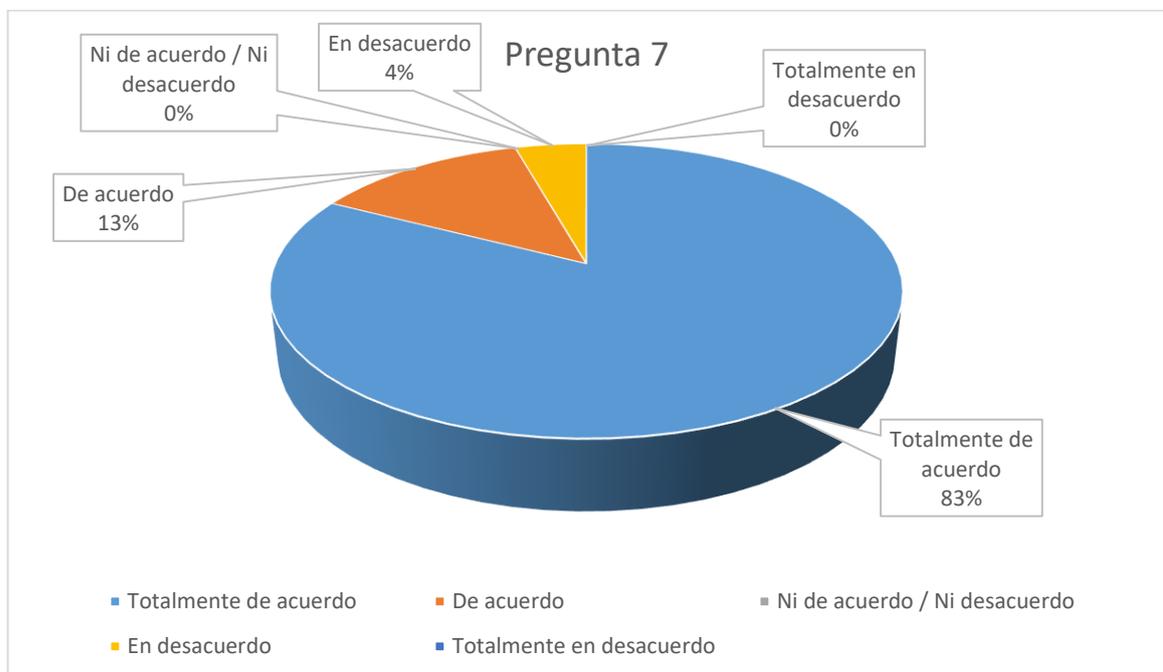


Figura 7. Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 7

En el **cuadro 7**, el 83% de encuestados están totalmente de acuerdo y señalan que en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se debe aplicar el artículo 16 del Código penal, con relación a la tentativa.

8. ¿Considera que se debe derogar el artículo 9 de la Ley N° 28008, Ley de Delitos Aduaneros?

Tabla 10. Clasificación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°8

Opinión	
Totalmente de acuerdo	21
De acuerdo	1
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

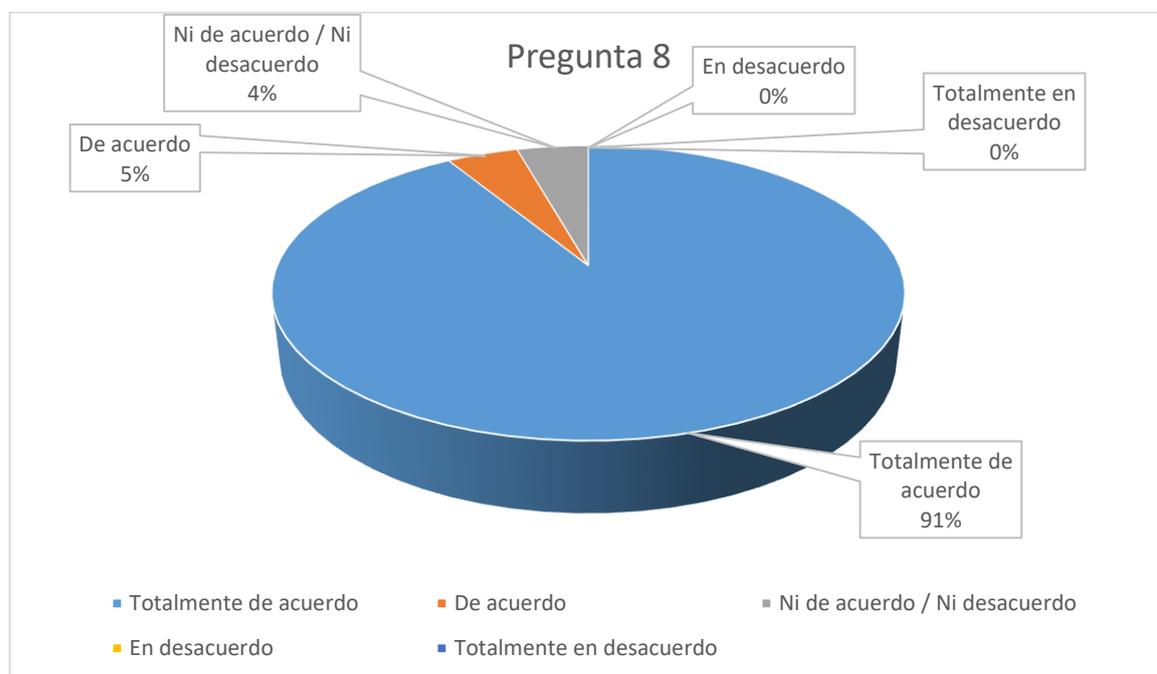


Figura 8. Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 8

En el **cuadro 8**, el 91% de encuestados están totalmente de acuerdo y señalan que se debe derogar la disposición legal que regula la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringida.

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1 DISCUSIONES

En esta etapa se efectuó el análisis de la información recabada, con el objeto de comprobar las hipótesis y el logro de los objetivos establecidos, para lo cual se procesó la información empírica, procediéndose de la siguiente forma.

La hipótesis general del presente estudio se enuncia de la siguiente manera: La regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no debe ser aplicada por los jueces, en la medida que vulnera el principio de culpabilidad y graduación de la penal.

Hoy en día, la administración de justicia y la normatividad vigente permite establecer la aplicabilidad de una regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, de acuerdo al artículo 9° de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008- lo que genera una confusión, pues dicho dispositivo legal contradice a lo regulado en la parte especial del Código penal, específicamente, lo señalado en el artículo 16° del Código penal.

La interpretación que proponemos es la aplicación de la última de las normas señaladas, no sólo porque está ubicada en la parte general de nuestro Código penal, sino que también resultaría ser la más garantista, pues permitiría una pena por debajo del mínimo legal, a diferencia de la primera de las normas que dispone la aplicación de la pena mínima en caso de tentativa. Se tiene que tener en consideración que por el principio de favorabilidad se aplica siempre lo más favorable al reo en el embudo del Derecho penal, pues esta rama jurídica constituye la más dura de todas, pues es la única que podría afectar la libertad personal, derecho que, después de la vida, se considera el más importante.

Además, se considera que el artículo 9° de la Ley de Delitos Aduaneros – Ley N° 28008- afecta los principios de culpabilidad y de graduación de la pena.

Las **hipótesis específicas**, respecto del perjuicio al procesado si se aplica el artículo 9° de la Ley de Delitos Aduaneros – Ley N° 28008-, concluimos que se le generaría un grave detrimento, porque se le aplicaría una pena diferente a la señalada por el artículo 16° del Código penal, es decir, no podría aplicarse una

sanción penal por debajo del mínimo legal, no permitiéndose que el juez pueda determinarla, limitando de esta manera a la administración de justicia, impidiendo el libre criterio del juez.

La aplicabilidad de regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas causa perjuicio al procesado, porque ya tendría una sanción específica, una pena tasada, además que se aplicaría la norma más desfavorable para éste, la más perjudicial, cuando en el Derecho penal tiene que ser al revés.

En el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se debe aplicar el artículo 16° del Código penal y no el 9° de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008, no sólo por ser más favorable al reo, sino que estaría dentro de los cánones de las garantías procesales y los principios fundamentales del Derecho penal, respectándose los derechos del imputado, que es una de los objetivos del proceso penal en nuestro país en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

5.2 CONCLUSIONES

1. La regulación especial materia de la presente tesis incide únicamente en la parte referida a la penalidad de la tentativa. A diferencia del artículo 16 del Código penal que prevé una reducción prudencial de la pena, el artículo 9 de la Ley de Delitos Aduaneros establece una pena fija para la tentativa en los delitos aduaneros: la pena mínima legal que corresponda al delito consumado.
2. La opción asumida por el legislador en la regulación de la tentativa debe ser criticada pues parece establecer, para la tentativa, un régimen de pena tasada, que expresa claramente una vulneración al principio de culpabilidad y de graduación de la pena. Le corta la posibilidad al juez de poder graduar o hacer la determinación de la pena, al imputado se le restringe a una sola sanción, y se aplicaría una norma menos favorable al reo.
3. Existe una falta de coherencia entre la parte general del Código penal-, con las disposiciones específicas de la parte especial contenidas en leyes especiales, específicamente, la Ley de Delitos Aduaneros, que encuentran explicación en factores que desbordan un plano estrictamente *dogmático*, instituyéndose en consideraciones puramente *utilitaristas*, o dígase *eficientistas*, que se perfilan en el marco de una política penal, que pretende reforzar sus directrices *punitivistas*, y este es un rasgo fundamental en el “Derecho Penal Aduanero”, pese a las últimas reformas normativas.
4. La conceptualización de la “tentativa”, desde la construcción normativa contenida en la parte general, es de especial importancia -en el caso que nos ocupa-, en la medida que la previsión legal del artículo 9º de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, no puede ser interpretada y analizada al margen de dicho dispositivo legal.

5.3 RECOMENDACIONES

1. En el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se deberá aplicar el artículo 16° del Código penal que prevé una reducción prudencial de la pena, que podría estar hasta por debajo del mínimo legal, por ser la norma más garantista para el procesado.
2. Los jueces y fiscales del país al emitir sus resoluciones o dictámenes en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, no deben aplicar lo señalado en el artículo 9° de la Ley de Delitos Aduaneros -Ley N° 28008-, por afectar al principio de culpabilidad y de graduación de la pena.
3. El legislador debe derogar el artículo 9° de la Ley de Delitos Aduaneros - Ley N° 28008- relativo a la tentativa, pues existe una falta de coherencia con la parte general del Código penal-, específicamente con el artículo 16° referente a la tentativa.
4. Se sugiere a los jueces del país a que se desvinculen del artículo 9° de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros), lanzándose esta propuesta de *lege ferenda*: Modificar el mencionado dispositivo legal respecto a la tentativa, el mismo que quedaría de la siguiente forma:

Artículo 9° Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008)

Se exceptúa de la punición los casos en los que el agente se desiste voluntariamente de proseguir con los actos de ejecución del delito o impida que se produzca el resultado, salvo que los actos practicados constituyan por sí otros delitos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. (2013). Delitos aduaneros y sanciones, en: *Actualidad empresarial* N° 288, octubre, Área de Negocios Internacionales IX – Informe especial.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho penal*. Parte general, Bogotá: Temis.
- Blossiers, J. J. (s.f.). *Análisis del Derecho penal económico*, Lima: Disartgraf.
- Bramont-Arias, L. A. (2003). La nueva tipificación de los delitos aduaneros, en: *Actualidad Jurídica*, N° 116, julio, 71-74.
- Bramont-Arias, L. A. y García Cantizano, M. C. (1998). *Manual de Derecho penal. Parte especial*, (4ta. Ed.), Lima: San Marcos.
- Bramont-Arias, L.M. (2000). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Santa Rosa, Lima.
- Cornejo Alpaca, A. R. (2008). *Derecho penal aduanero. Delitos aduaneros e infracciones administrativas conexas*, Lima: Cotaval.
- Cossio Jara, F. (2012). *Manual de Derecho aduanero*, Lima: Rodhas.
- Cuello-Contreras, J. (1999). El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, en: *El nuevo Código penal. Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Ángel Torio López*, Granada.
- Gallardo, J. (2008). *Los delitos aduaneros. Fundamentos de Comercio Internacional*, Lima: Rodhas.
- García, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte especial*, T. II, Lima: Grijley.
- Lorenzi, R. (2002). *Diccionario jurídico Tesouro*, Lima: Librería y ediciones jurídicas.
- Mirabal, J. (2010). *Derecho penal aduanero*, Lima: Rodhas.

Martínez-Buján, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte general*, (2da. Ed.)
Valencia: Tirant lo Blanch.

Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán*, trad. a la 11va. Edición alemana por Juan
Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Zagal, R. (1998). *Derecho aduanero. Principales instituciones jurídicas aduaneras*,
Lima: San Marcos.

ANEXOS

ANEXOS

CUESTIONARIO

1. ¿Estima Ud. que, es posible la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

2. ¿Considera Ud. que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas es beneficioso para el proceso penal?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

3. ¿Usted cree que la aplicabilidad de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera derechos procesales?

- a) Totalmente de acuerdo.

- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

4. ¿Cree Ud. que los jueces deberían aplicar la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

5. ¿Usted cree que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de favorabilidad de la ley penal?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

6. ¿Estima Ud. que la aplicación de la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas vulnera el principio de legalidad del Derecho penal?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

7. ¿Considera Ud. que se debe aplicar el artículo 16 del Código penal en el ilícito penal de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas con relación a la tentativa?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.
- d) Estoy disconforme.
- e) Estoy completamente disconforme.

8. ¿Considera que se debe derogar el artículo 9 de la Ley N° 28008, Ley de Delitos Aduaneros?

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No estoy de acuerdo, tampoco en desacuerdo.

d) Estoy disconforme.

e) Estoy completamente disconforme.

PREGUNTA N° 1

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	2
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	0
Estoy disconforme	3
Totalmente en desacuerdo	18

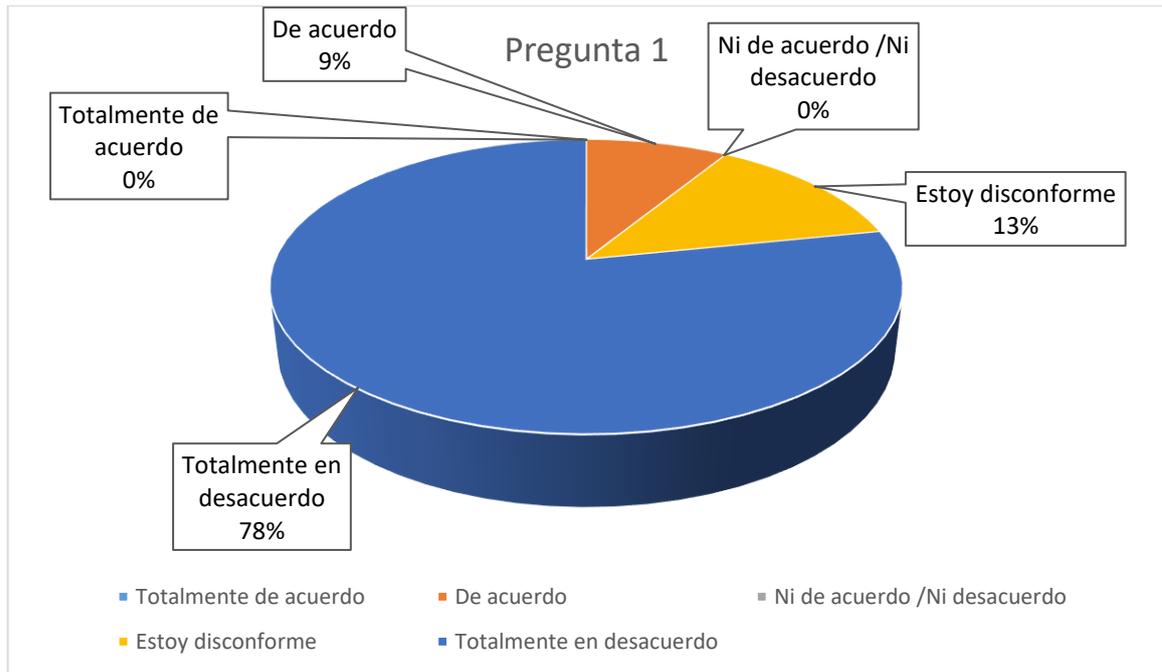


Figura 2 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N°1

PREGUNTA N° 2

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	5
Estoy disconforme	2
Totalmente en desacuerdo	13

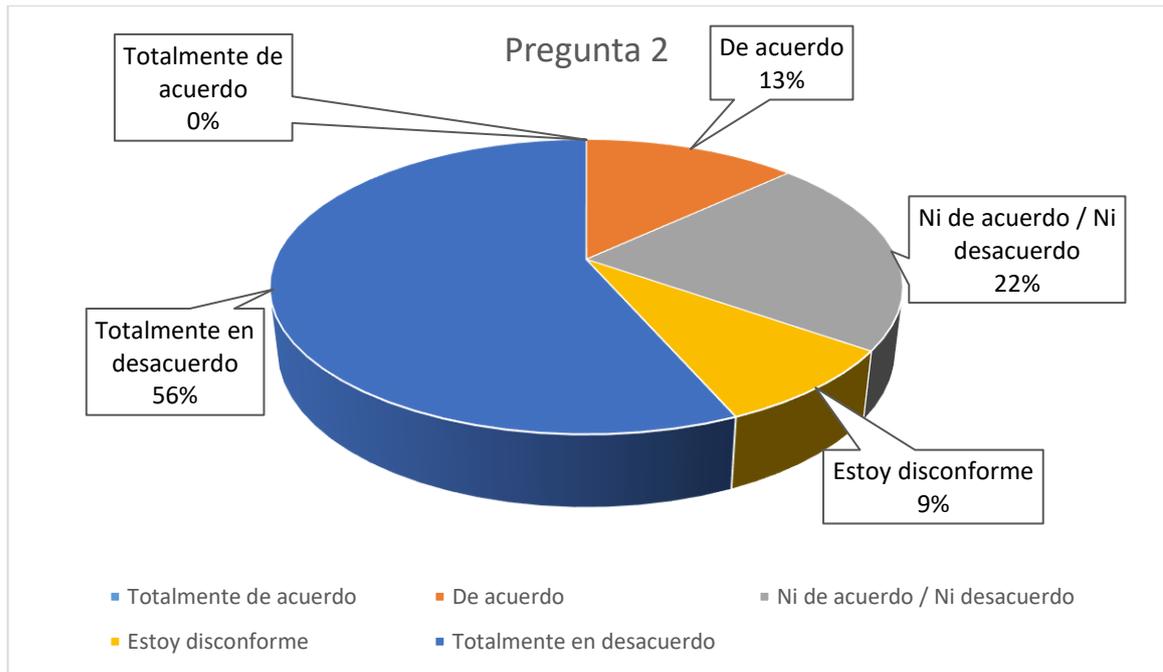


Figura 2 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 2

PREGUNTA N° 3

Opinión	
Totalmente de acuerdo	20
De acuerdo	2
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

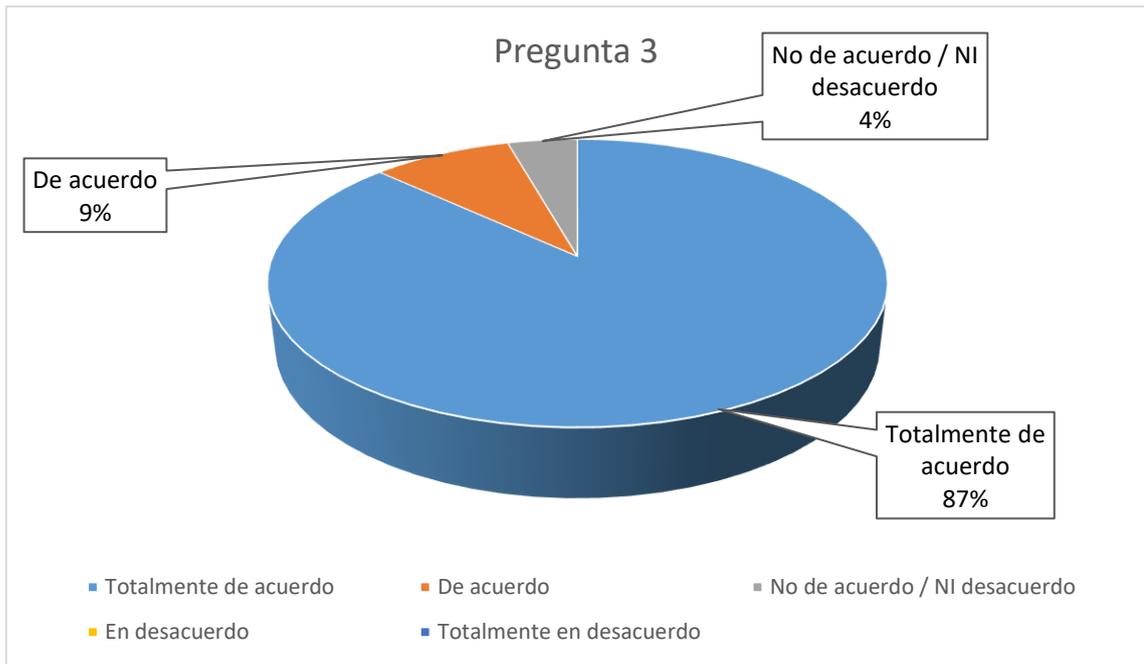


Figura 3 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 3

PREGUNTA N° 4

Opinión	
Totalmente de acuerdo	0
De acuerdo	0
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	21

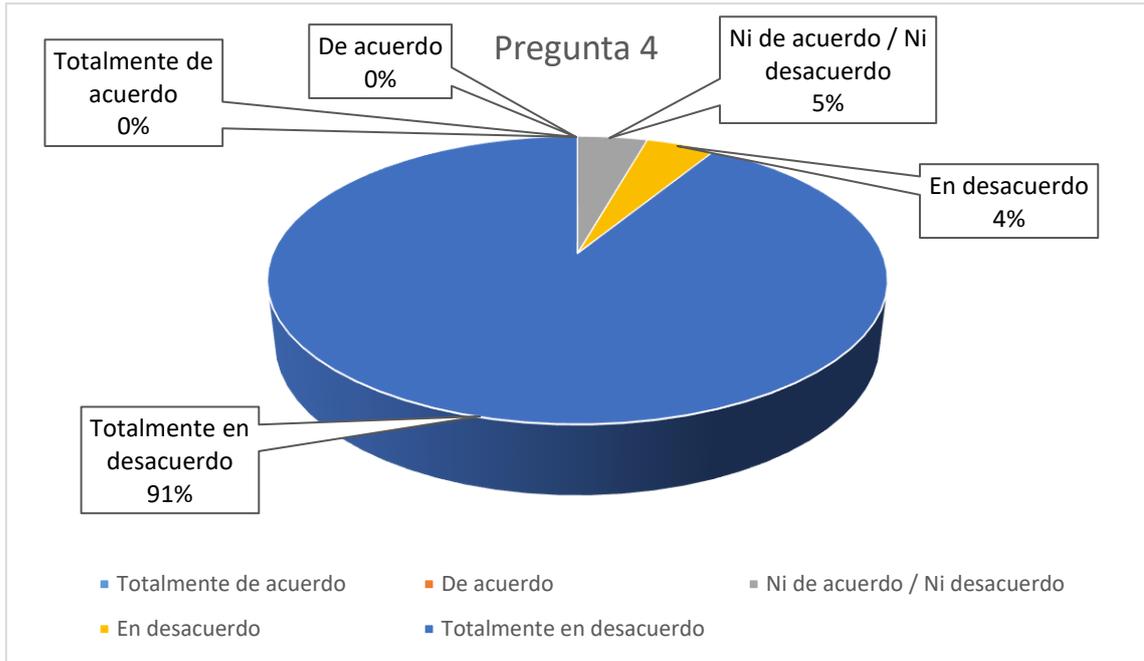


Figura 4 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 4

PREGUNTA N° 5

Opinión	
Totalmente de acuerdo	20
De acuerdo	1
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	2
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

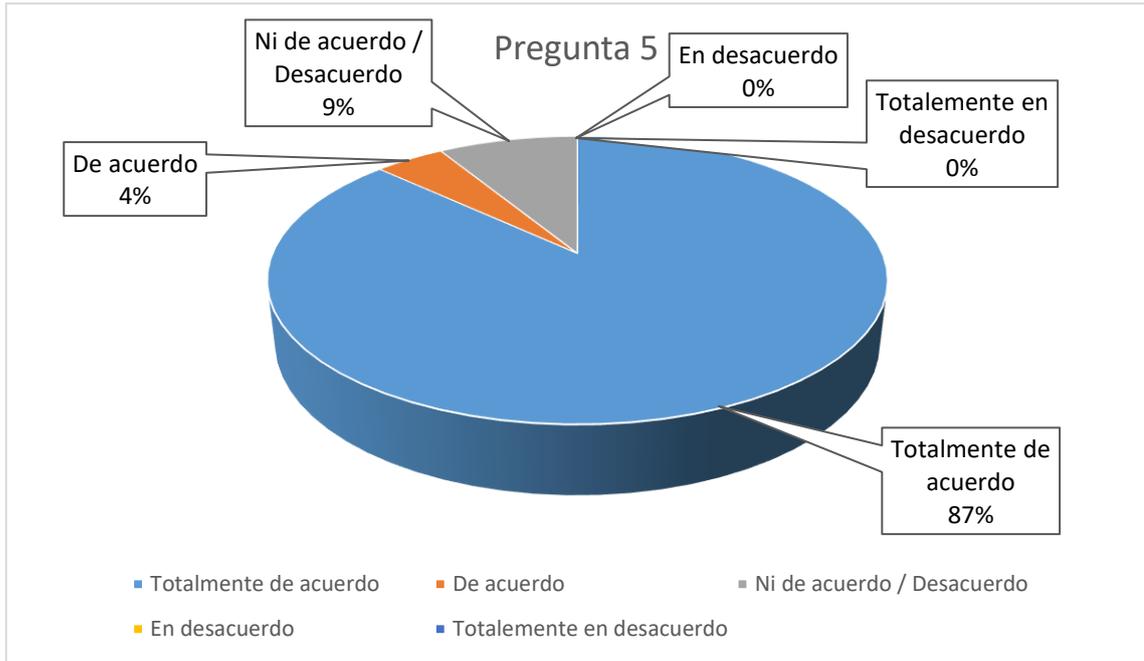


Figura 5 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 5

PREGUNTA N° 6

Opinión	
Totalmente de acuerdo	17
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	2
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	0

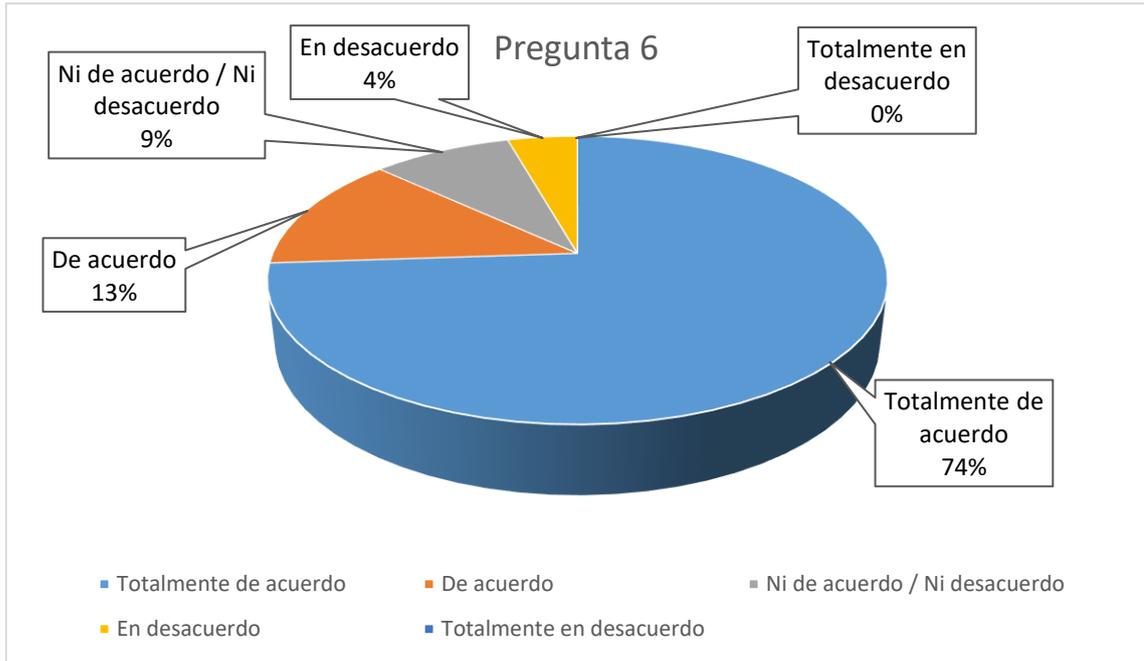


Figura 6 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 6

PREGUNTA N° 7

Opinión	
Totalmente de acuerdo	19
De acuerdo	3
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	0
Estoy disconforme	1
Totalmente en desacuerdo	0

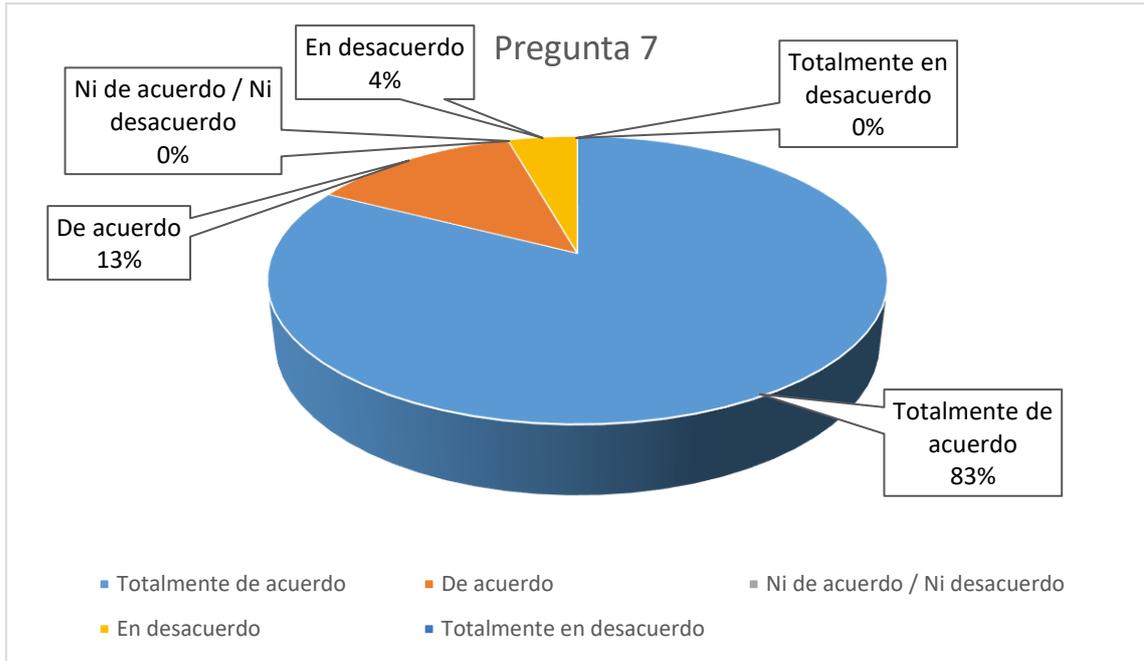


Figura 7 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 7

PREGUNTA N° 8

Opinión	
Totalmente de acuerdo	21
De acuerdo	1
Ni de acuerdo / Ni desacuerdo	1
Estoy disconforme	0
Totalmente en desacuerdo	0

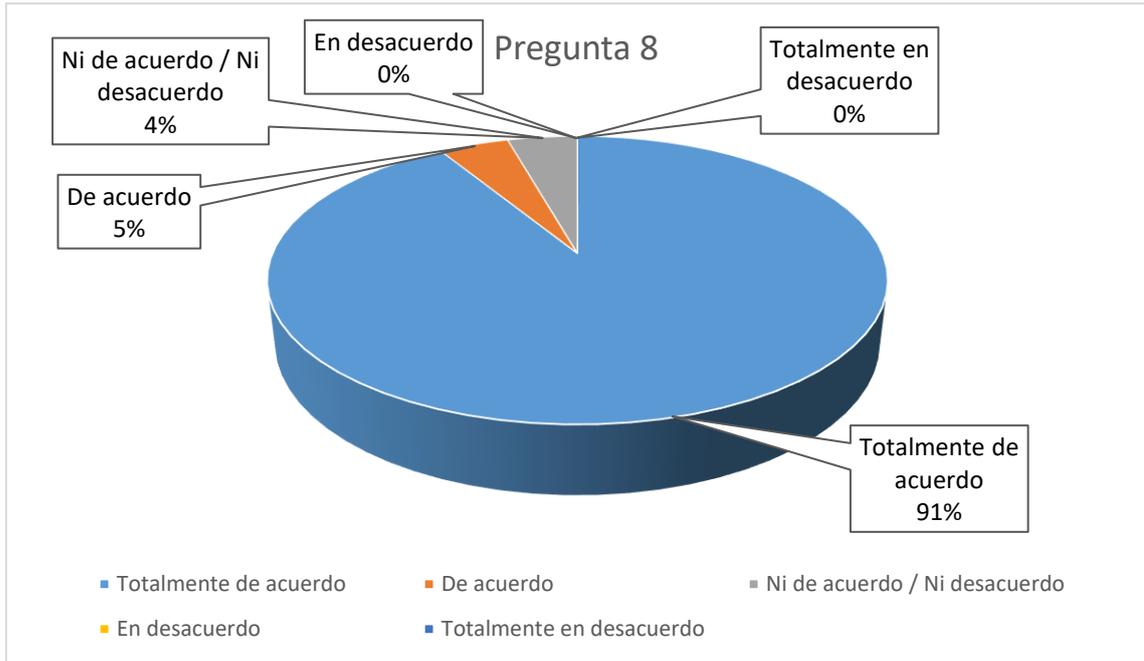


Figura 8 Comparación de Respuesta de encuestado de Pregunta N° 8

Tabla N° 1: “la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas”

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>Problema general:</p> <p>¿Qué principios del Derecho penal afectaría la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas?</p> <p>Problema específico</p> <p>a) ¿Cuáles son las principales características del delito de tráfico de mercancías prohibidas?</p> <p>b) ¿Cuáles podrían ser consecuencias jurídicas de la regulación especial de la tentativa en la Ley N° 28008 -Ley de Delitos Aduaneros-, respecto al delito de tráfico de mercaderías prohibidas y</p>	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar que principios del Derecho penal afectaría la regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a) Determinar cuáles son las principales características del delito de tráfico de mercancías prohibidas.</p> <p>b) Determinar cuáles podrían ser consecuencias jurídicas de la regulación especial de la tentativa en la Ley N° 28008 -Ley de Delitos Aduaneros-, respecto al delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas, y originar una aplicación diferente señalada en la ley.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>La regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas no es posible, en la medida que vulnera el principio de aplicación de la norma más favorable al reo.</p> <p>HE1</p> <p>La aplicabilidad de regulación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas causa perjuicio al procesado, afectándose el principio de aplicación de la norma más favorable al reo.</p>	<p>V.I.</p> <p>Tentativa en el delito de Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.</p> <p>V. D.</p> <p>Vulneración de principios con la aplicación especial de la tentativa en el delito de tráfico de mercaderías prohibidas o restringidas.</p> <p>Indicadores:</p> <p>V.I</p> <p>- Existencia de beneficios que contribuyen con el objetivo final del proceso penal: Principio de favorabilidad de la ley penal.</p> <p>- Falta de una postura normativa clara, se contradicen dos normas penales.</p>

restringidas, y originar una aplicación diferente señalada en la ley?	Analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de la regulación especial de la tentativa en la Ley N° 28008 - Ley de Delitos Aduaneros-, respecto al delito de tráfico de mercaderías prohibidas y restringidas		V.D. - Características de la tentativa (art. 16 CP). - Análisis lógica jurídica de la norma y la doctrina penal.
---	--	--	---

Tabla 5

Variables Operacionalización

VARIABLES	DEFINICIÓN NOMINAL	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS/INSTRUMENTOS
La tentativa en el delito de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas	La tentativa es el comienzo de la ejecución del delito sin consumarlo.	No aplicación de la regulación especial de la tentativa por vulneración de principios. La Actitud de los jueces.	Existencia de beneficios que contribuyen con el objetivo final del proceso penal: Principio de favorabilidad de la ley penal. Falta de una postura normativa clara, se contradicen dos normas penales.	Técnicas: - Revisión Documental - Encuesta - Estadística - Fichas Instrumento: - Matriz de categorías. - Cuestionario

<p>Vulneración de principios con la aplicación especial de la tentativa en el tráfico de mercancías prohibidas o restringidas</p>	<p>El tráfico de mercaderías prohibidas o restringidas es el delito cometido por el que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancía por cuantía superior a 4 UIT cuya importación o exportación está prohibida.</p>	<p>1. Principios de graduación de la pena. 2. Principio de favorabilidad.</p>	<p>1. Características de la tentativa (art. 16 CP). 2. Análisis lógico-jurídico de la norma y la doctrina penal</p>	
---	---	---	---	--

PROYECTO DE LEY

Se sugiere a los jueces del país a que se desvinculen del artículo 9° de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros), lanzándose esta propuesta de *lege ferenda*: Modificar el mencionado dispositivo legal respecto a la tentativa, el mismo que quedaría de la siguiente forma:

Artículo 9° Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008)

Se exceptúa de la punición los casos en los que el agente se desiste voluntariamente de proseguir con los actos de ejecución del delito o impida que se produzca el resultado, salvo que los actos practicados constituyan por sí otros delitos.