

**EL DELITO DE CONTRABANDO Y EL PROBLEMA DE LA TENTATIVA.**  
*ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA EQUIPARACIÓN PUNITIVA EN EL CÓDIGO*  
*ADUANERO ARGENTINO*

Por Matías Almirón<sup>1</sup>

**Índice:** **I.** Introducción; **II.** El régimen general de la tentativa en el derecho penal argentino; **III.** El delito de contrabando en el Código Aduanero; **IV.** La tentativa en el delito de contrabando y el apartamiento del régimen general; **V.** El debate constitucional en torno a la equiparación punitiva; **VI.** La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El fallo “Chukwudi, Anthoni” (2021); **VII.** Conclusiones; **VIII.** Bibliografía.

## **I. Introducción.**

El tratamiento penal del delito de contrabando presenta, dentro del ordenamiento jurídico argentino, una singularidad que ha generado un intenso y persistente debate doctrinario y jurisprudencial. A diferencia de lo que ocurre en el régimen general de la tentativa previsto por el Código Penal, el Código Aduanero establece, en sus artículos 871 y 872, la equiparación punitiva entre el contrabando consumado y el contrabando tentado. Esta solución normativa importa un apartamiento expreso de la regla general contenida en el artículo 44 del Código Penal, que dispone una atenuación obligatoria de la pena cuando el delito no alcanza el grado de consumación.

La particularidad de esta regulación ha suscitado cuestionamientos acerca de su compatibilidad con principios constitucionales que estructuran el derecho penal en un Estado de Derecho, especialmente los de lesividad, culpabilidad, igualdad y proporcionalidad. Desde una perspectiva tradicional, la tentativa ha sido concebida como una forma de injusto penal de menor entidad, en tanto carece del disvalor del resultado propio del delito consumado. Bajo ese enfoque, la equiparación punitiva podría interpretarse como una respuesta desproporcionada, al igualar situaciones que no serían equivalentes desde el punto de vista del grado de afectación del bien jurídico.

---

<sup>1</sup>Abogado (UNC); Especialista en Derecho Procesal (UNC); Docente adscripto universitario de las asignaturas Derecho Penal I y Derecho Procesal Penal (UNC). [estudiopenalalmiron@gmail.com](mailto:estudiopenalalmiron@gmail.com)

Sin embargo, una línea doctrinaria y jurisprudencial relevante ha sostenido que el delito de contrabando posee una estructura y una naturaleza que justifican un tratamiento diferenciado respecto de los delitos comunes. Se ha señalado que el bien jurídico protegido no reside primordialmente en la renta fiscal ni en el resultado material de la operación ilícita, sino en el adecuado ejercicio de la función de control aduanero como interés público de carácter colectivo. Desde esta óptica, la afectación al bien jurídico se produciría con la sola conducta destinada a entorpecer o eludir ese control, de modo tal que la diferencia entre tentativa y consumación se reduce a una gradación esencialmente cuantitativa.

La controversia adquirió especial relevancia a partir de pronunciamientos judiciales que declararon la inconstitucionalidad de la equiparación punitiva, apoyándose en una concepción del injusto penal centrada en el disvalor del resultado. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Chukwudi, Anthoni” (2021), reafirmó la validez constitucional del artículo 872 del Código Aduanero, destacando el margen de configuración del legislador en materia de política criminal y la especificidad del bien jurídico comprometido en los delitos aduaneros.

En este contexto, el presente trabajo analiza el delito de contrabando y el problema de la tentativa, con foco en la constitucionalidad de la equiparación de penas entre el delito tentado y el consumado. Para ello se aborda el régimen general de la tentativa, la estructura del delito de contrabando y su bien jurídico, las posiciones doctrinarias en pugna, y la evolución jurisprudencial culminada en “Chukwudi”<sup>2</sup>. Finalmente, se adopta una posición argumentada respecto de la razonabilidad y legitimidad constitucional de la solución legislativa, sin perder de vista los desafíos que plantea su aplicación práctica.

## **II. El régimen general de la tentativa en el derecho penal argentino.**

La tentativa ocupa un lugar central en la teoría general del delito, pues permite delimitar el umbral a partir del cual una conducta se torna punible aun cuando el resultado típico no se haya producido. En el derecho penal argentino, su regulación se encuentra principalmente en los artículos 42 y 44 del Código Penal, que consagran una

---

<sup>2</sup> CSJN, 11/11/2021 “Chukwudi, Anthoni” (Fallos: 344:3458).

concepción según la cual el delito tentado merece, como regla, una pena inferior a la prevista para el delito consumado.

El artículo 42 define la tentativa como el comienzo de ejecución de un delito que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Esta definición exige superar los actos preparatorios y presupone que no haya desistimiento voluntario. La punibilidad se funda en la exteriorización de una decisión de voluntad contraria a la norma penal, manifestada mediante actos idóneos dirigidos a la realización del tipo.

El artículo 44 dispone una disminución obligatoria de la pena en caso de tentativa. Esta regla expresa una dirección legislativa clara: la ausencia del resultado típico implica, por lo general, un menor contenido de injusto y, en consecuencia, una menor necesidad de pena. La explicación dogmática tradicional se apoya en la distinción entre disvalor de acción y disvalor de resultado. En el delito consumado concurren ambos componentes, mientras que en la tentativa el disvalor de resultado se encuentra ausente o incompleto, lo que justifica una respuesta penal menos intensa.

Sin embargo, el propio Código Penal contempla la posibilidad de excepciones. El artículo 4 establece que las disposiciones de la parte general se aplican a los delitos previstos en leyes especiales en tanto estas no dispongan lo contrario<sup>3</sup>. Esta cláusula habilita al legislador a establecer soluciones diferenciadas por razones vinculadas a la particularidad de determinados ámbitos delictivos, siempre dentro de límites constitucionales.

En este punto, corresponde advertir que la disminución punitiva por tentativa no constituye una exigencia constitucional directa, sino una opción general de política criminal. La Constitución impone que la pena respete legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, pero no prescribe un modelo único e inderogable de respuesta penal para todo supuesto de tentativa. De allí que puedan admitirse excepciones razonables, siempre que encuentren sustento en la estructura del tipo y en el bien jurídico protegido, y no en razones meramente utilitarias.

---

<sup>3</sup> BASÍLICO, Ricardo A., VILLADA, Jorge L –directores- (2025). *Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Anotado. Concordado*. Buenos Aires, Hammurabi. “La existencia de este artículo radica en la realidad, dada la inflación legislativa en materia penal, en que no todas las conductas prohibidas se encuentran escritas en la parte especial del Código Penal. Por esta razón, de forma supletoria, se hacen extensivas todas sus disposiciones de carácter general a las leyes especiales salvo que estas dispusieran lo contrario” (Pág. 58).

Estas discusiones cobran especial relevancia al analizar delitos que no responden al modelo clásico de delito de resultado, como numerosos tipos de peligro o aquellos que tutelan bienes jurídicos colectivos. En tales supuestos, la distinción entre tentativa y consumación puede perder nitidez, o incluso resultar problemática, lo que abre el debate acerca de la legitimidad de soluciones normativas que equiparan ambas formas de realización.

### **III. El delito de contrabando en el Código Aduanero.**

El delito de contrabando se regula en el Código Aduanero como una figura penal autónoma, con rasgos que lo diferencian de los delitos comunes del Código Penal. Su configuración responde a la tutela de intereses públicos vinculados al control estatal del comercio exterior, lo que explica particularidades dogmáticas, entre ellas el régimen de punibilidad de la tentativa.

El artículo 863 dispone: *Será reprimido con prisión de dos a ocho años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y exportaciones.* De esa formulación se desprende que el núcleo del injusto no se ubica necesariamente en la efectiva introducción o egreso de mercaderías en infracción, sino en la afectación funcional del control aduanero.

Desde esa base, la CSJN en el fallo “Legumbres SA y otros”<sup>4</sup> sostuvo que el bien jurídico protegido no se agota en la renta fiscal ni en un interés patrimonial estatal. Se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, consistente en el adecuado ejercicio de la función de control aduanero<sup>5</sup>, que se proyecta sobre múltiples intereses públicos, como seguridad, salud pública, orden económico, medio ambiente y cumplimiento de prohibiciones legales de importación y exportación.

---

<sup>4</sup> CSJN, 1910/89, “Legumbres SA y otros”.

<sup>5</sup> CARRERA, Daniel P., VÁZQUEZ, Humberto (2004). *Derecho Penal de los negocios*. Buenos Aires, Astrea. “BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. El legislador –explica la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo señero en materia aduanera- ‘ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de la defraudación fiscal, pues lo determinante para la punición es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas, concepto que ha sido precisado en la redacción del art. 863 del Cód. Aduanero circunscribiendo dichas facultades de control, respecto del contrabando, solamente a los hechos que impiden u obstaculizan el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre importaciones y las exportaciones” (Pág. 203).

Esta concepción es determinante para comprender la estructura del injusto aduanero. El delito puede configurarse con la sola conducta que impide o dificulta el control, con independencia de que exista un perjuicio fiscal concreto o de que la mercadería logre efectivamente ingresar o egresar del territorio aduanero. En esa lógica, la consumación no exige un resultado material externo distinto de la propia afectación del control estatal.

El Código Aduanero prevé modalidades agravadas atendiendo a la naturaleza de la mercadería, medios empleados, pluralidad de intervinientes o peligrosidad del hecho. Sin embargo, el eje del reproche se mantiene en la lesión o puesta en peligro del sistema de control aduanero.

En este marco, los artículos 871 y 872 regulan específicamente la tentativa. El artículo 872 dispone que *la tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado*<sup>6</sup>. Esta regla constituye una excepción expresa al régimen del artículo 44 del Código Penal y se vincula con la estructura del contrabando: si la afectación relevante recae sobre el control aduanero, la conducta dirigida a eludirlo puede comprometer plenamente el interés protegido aun cuando el resultado material perseguido no llegue a concretarse.

Por ello, tentativa y consumación aparecen como grados cercanos dentro de un mismo proceso de afectación, en el cual la diferencia puede reducirse a una cuestión de intensidad, antes que a una diversidad sustancial en el contenido del injusto. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha recogido esta visión al enfatizar que lo decisivo es el entorpecimiento del control, no el éxito final de la operación.

La existencia de una escala única no elimina la individualización judicial. La amplitud de las escalas previstas en los tipos aduaneros permite graduar la pena según la gravedad del hecho, culpabilidad y afectación concreta del bien jurídico, aun cuando tentativa y consumación compartan el mismo marco abstracto.

#### **IV. La tentativa en el delito de contrabando y el apartamiento del régimen general.**

---

<sup>6</sup> CARRERA, Daniel P., VÁZQUEZ, Humberto (2004). Derecho Penal de los negocios. Buenos Aires, Astrea. “La equiparación de penas, explica de modo sucinto la Exposición de motivos de la ley 22.415, obedece a que ‘la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes’” (Pág. 228).

El contraste entre el régimen general de la tentativa y la solución específica del Código Aduanero concentra el núcleo del problema: la legitimidad constitucional del apartamiento del artículo 44 del Código Penal mediante la equiparación del artículo 872.

La lógica del artículo 44 se apoya en un menor contenido de injusto por ausencia del resultado típico. Sin embargo, esa premisa se debilita en delitos cuya estructura típica no exige un resultado material externo. En el contrabando, el comienzo de ejecución orientado a eludir el control puede implicar ya una lesión o puesta en peligro relevante del bien jurídico, por lo que la diferencia entre tentativa y consumación se presenta más como variación de grado que como diferencia cualitativa.

Esto explica que el legislador haya optado por apartarse del régimen general. La equiparación punitiva responde a una concepción del injusto aduanero que enfatiza la decisión de actuar contra el sistema de control y la afectación funcional provocada por esa conducta, más que el resultado material ulterior.

Desde la dogmática, ello se vincula con enfoques que privilegian el disvalor de acción por sobre el disvalor de resultado, dado que el éxito final de la maniobra puede depender de factores ajenos al dominio del autor. La lógica se refuerza por el carácter colectivo del bien jurídico: en estos ámbitos, la puesta en peligro relevante puede ser suficiente para justificar intervención penal.

Por otro lado, Diego Zysman de Quirós dijo “Las razones de dicha equiparación no radican (...) en concepciones afines al subjetivismo penal, sino que se ven fundadas en estrictas razones de política criminal que reflejan e intentan solucionar, la dificultad (o alegada dificultad) de distinguir el momento que separa la tentativa del delito consumado”<sup>7</sup>.

La discusión doctrinaria se polariza. Una posición crítica entiende que la equiparación desconoce la progresividad de la afectación y vulnera proporcionalidad y culpabilidad, al igualar conductas que no alcanzaron la misma entidad lesiva. La posición opuesta sostiene que, en el contrabando, la tentativa acabada agota el contenido del injusto, expresa una negación plena de la norma y la consumación no agrega un plus relevante de reproche personal.

---

<sup>7</sup> ZYSMAN B. DE QUIRÓS, Diego (1999). *Delito de contrabando: su consumación y el desistimiento voluntario*. Buenos Aires, Nueva doctrina penal. (Pág. 613).

Esta tensión explica la jurisprudencia oscilante previa y la necesidad de una definición por parte de la Corte Suprema.

## **V. El debate constitucional en torno a la equiparación punitiva.**

La equiparación de las penas entre el contrabando tentado y el contrabando consumado ha dado lugar a un debate constitucional intenso, en el que confluyen distintas concepciones acerca del injusto penal, del rol del resultado y del alcance de los principios que limitan el poder punitivo del Estado. La discusión no se agota en una cuestión de técnica legislativa, sino que involucra directamente la interpretación de los principios de lesividad, culpabilidad, igualdad y proporcionalidad de la pena, consagrados en la Constitución Nacional.

Desde una primera línea argumental, crítica de la equiparación punitiva, se sostiene que la solución prevista en el artículo 872 del Código Aduanero vulnera el principio de proporcionalidad, en tanto asigna la misma respuesta penal a conductas que no presentan igual entidad desde el punto de vista del daño causado. Conforme esta postura, la tentativa representa un estadio previo e incompleto del delito, en el que el bien jurídico no habría sido afectado con la misma intensidad que en la consumación. En consecuencia, la imposición de una pena idéntica desconocería la progresividad propia del injusto penal y quebrantaría el mandato de adecuación entre la gravedad del hecho y la intensidad de la sanción.

A este argumento se suma la invocación del principio de culpabilidad. Quienes cuestionan la equiparación sostienen que el reproche penal debe guardar relación con el grado de realización efectiva del injusto, y que la consumación del delito expresaría una mayor gravedad objetiva que la tentativa. Desde esta óptica, el resultado no sería un elemento meramente contingente, sino un componente relevante del injusto, cuya ausencia debería necesariamente traducirse en una reducción de la pena.

Asimismo, se ha alegado que la equiparación punitiva vulnera el principio de igualdad, al colocar en un mismo plano situaciones que serían sustancialmente diferentes. La tentativa y la consumación, en tanto expresan distintos niveles de afectación del bien jurídico, deberían recibir un tratamiento normativo diferenciado. La ausencia de esa distinción sería incompatible con la exigencia constitucional de tratar de modo desigual a quienes se encuentran en situaciones desiguales.

Esta posición encontró una expresión especialmente significativa en el voto del juez Zaffaroni en el caso “Branchessi” de la CSJN<sup>8</sup>, en el que se sostuvo que la parificación punitiva desconoce el disvalor del resultado y equipara indebidamente el riesgo con la lesión. Según este razonamiento, la creación de un peligro no podría ser valorada del mismo modo que la producción efectiva del daño, sin afectar los principios estructurales del derecho penal constitucional.

Frente a estas objeciones, una postura contraria afirma que la equiparación punitiva resulta compatible con la Constitución Nacional cuando se atiende a la naturaleza del bien jurídico protegido y a la estructura del delito de contrabando. Desde esta perspectiva, el principio de lesividad no exige necesariamente la producción de un resultado material externo, sino que se satisface con la puesta en peligro relevante de un bien jurídico de carácter colectivo. En el contrabando, dicha afectación se produce ya con la conducta destinada a entorpecer el control aduanero, de modo tal que la tentativa acabada compromete plenamente el interés protegido.

En cuanto al principio de culpabilidad, esta línea argumental sostiene que el reproche penal debe fundarse en la decisión consciente y voluntaria de actuar contra la norma, y no en el éxito final de la conducta. El resultado material perseguido por el autor puede depender de factores ajenos a su control, como la eficacia de los mecanismos de fiscalización o circunstancias fortuitas. En consecuencia, agravar la pena por la mera producción del resultado implicaría atribuir al autor un plus de responsabilidad por hechos que no dependen enteramente de su voluntad<sup>9</sup>.

Desde esta concepción, la equiparación punitiva no implica desconocer diferencias relevantes, sino reconocer que, en el contrabando, la tentativa acabada y la consumación expresan un mismo grado de negación de la norma y una afectación sustancialmente equivalente del bien jurídico protegido. La proporcionalidad de la pena

---

<sup>8</sup> CSJN, 23/3/10, “Branchessi, Lidia Susana y otra”, B. 987. XLIII.

<sup>9</sup> ZIFFER, Patricia S. (2013). Jurisprudencia de Casación Penal. Buenos Aires, Hammurabi. Tomo 7. “El punto central del razonamiento equivocado que llevó a la declaración de inconstitucionalidad del art. 872 del CA en la resolución que aquí se comenta (‘Ortuño Savedra, Fabiana Nair’ de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II del 18/5/12, causa n° 14.288, REG. N° 19.956) radica en la afirmación de que, dado que en el delito consumado existen daños y en la tentativa sólo riesgos, el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad indicarían que se imponga una pena mayor en el primer caso. Pero lo cierto es que, por el contrario, del principio de culpabilidad se deriva exactamente lo opuesto: que el mero acaecimiento del resultado no puede ser el fundamento de la imposición de una pena mayor” (Pág. 98).



se preserva, entonces, no mediante la creación de escalas abstractas distintas, sino a través de la individualización judicial dentro de un mismo marco punitivo amplio<sup>10</sup>.

Por último, en relación con el principio de igualdad, se sostiene que este no exige un tratamiento idéntico para todos los delitos, sino un trato igual para situaciones equivalentes dentro de un mismo contexto normativo. El legislador puede válidamente establecer regímenes diferenciados para delitos que presentan particularidades estructurales, siempre que la distinción se funde en razones objetivas y razonables. En este sentido, la especificidad del contrabando justificaría un apartamiento del régimen general de la tentativa sin que ello implique una violación constitucional.

Este contrapunto doctrinario y jurisprudencial dejó durante años un escenario de incertidumbre, con decisiones judiciales divergentes respecto de la validez del artículo 872 del Código Aduanero. La necesidad de una definición clara sobre la cuestión condujo a la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo pronunciamiento en el caso “Chukwudi, Anthoni” marcó un punto de inflexión en el debate.

## **VI. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo “Chukwudi, Anthoni”<sup>11</sup>**

El debate en torno a la constitucionalidad de la equiparación punitiva entre el contrabando tentado y el consumado encontró una definición decisiva en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Chukwudi, Anthoni”, dictado el 11 de noviembre de 2021. Este fallo no solo resolvió el caso concreto, sino que fijó criterios generales relevantes para la interpretación del artículo 872 del Código Aduanero y para el control constitucional de las opciones legislativas en materia penal.

---

<sup>10</sup> ZIFFER, Patricia S. (2013). *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires, Hammurabi. Tomo 7. “De lo dicho hasta aquí se desprende que la regulación establecida en el art. 872 del CA es ajustada a la Constitución Nacional, y que una norma de esa clase debería regir en todo el sistema del hecho punible, Por cierto, es posible que quien vea esta norma con reparos esté, en realidad, influido por el hecho de que las escalas penales establecidas para ciertos supuestos de contrabando (en forma unificada para la tentativa y la consumación) son desproporcionadamente altas en relación con otros delitos más graves en el Código Penal. Pero la vía racional y correcta para corregir esa desproporción no es la de atacar la constitucionalidad del art. 872 del CA –es decir, no el mero hecho de que la consumación y la tentativa tengan el mismo tratamiento–, sino ya la de poner en duda que la pena prevista para esa figura sea ajustada al principio de proporcionalidad, aun para el delito consumado. Lo que es desproporcionado para el delito consumado también lo es, por igual, para la tentativa” (Págs. 115 y 116).

<sup>11</sup> CSJN, 11/11/2021 “Chukwudi, Anthoni” (Fallos: 344:3458).

La causa tuvo origen en la condena del imputado por el delito de contrabando en grado de tentativa, agravado por diversas circunstancias, a quien se le impuso una pena dentro de la escala prevista para el delito consumado. La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, al revisar la sentencia, declaró la inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero, al considerar que la equiparación punitiva vulneraba los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena. Contra esa decisión, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la intervención del Máximo Tribunal.

Al analizar el caso, la Corte Suprema comenzó por recordar su doctrina tradicional según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una medida de última ratio. En este sentido, destacó que siempre que sea posible corresponde optar por una interpretación compatible con la Constitución, y que el control judicial no puede sustituir el criterio del legislador en cuestiones de mérito, conveniencia u oportunidad.

Sobre esa base, el Tribunal enfatizó el amplio margen de discrecionalidad del legislador en materia de política criminal. Señaló que la determinación de las consecuencias jurídicas de las conductas delictivas es una atribución primaria del Congreso, y que solo una contradicción manifiesta e indudable con la Constitución habilitaría la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal. La Corte subrayó que no le corresponde al Poder Judicial evaluar si una solución legislativa es la más acertada o la más justa, sino únicamente verificar si resulta constitucionalmente tolerable.

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal examinó la naturaleza del delito de contrabando y el bien jurídico protegido por las normas aduaneras. Retomando precedentes anteriores, afirmó que el contrabando no tutela primariamente la renta fiscal, sino el adecuado ejercicio de las funciones de control aduanero. En consecuencia, el delito se configura con la sola conducta que dificulta o entorpece dicho control, sin que sea necesario un perjuicio fiscal efectivo ni la efectiva introducción o extracción de mercaderías.

A partir de esta caracterización, la Corte sostuvo que, en el contrabando, la diferencia entre tentativa y consumación no representa una distinción cualitativa relevante, sino apenas una gradación cuantitativa dentro de un mismo continuo de

afectación al bien jurídico. En el breve “*iter criminis*” que media entre el comienzo de ejecución y la consumación, la entidad del injusto no experimenta una variación sustancial que obligue a un tratamiento punitivo diferenciado. Por ello, la equiparación de penas prevista en el artículo 872 fue considerada una respuesta razonable a la estructura del delito.

El Tribunal abordó de manera expresa los argumentos vinculados con el artículo 44 del Código Penal. Reconoció que dicha norma establece, como regla general, una reducción de la pena para la tentativa, pero recordó que el propio Código Penal admite excepciones cuando una ley especial dispone lo contrario. En este sentido, afirmó que el apartamiento del régimen general se encuentra expresamente habilitado por el artículo 4 del Código Penal y que, en el caso del contrabando, dicho apartamiento se encuentra debidamente justificado por la especial naturaleza del ilícito.

En relación con los principios constitucionales invocados por la Cámara de Casación, la Corte concluyó que la equiparación punitiva no vulnera el principio de lesividad, en tanto la tentativa de contrabando ya implica una afectación relevante del bien jurídico protegido. Tampoco consideró lesionado el principio de culpabilidad, pues la respuesta penal se funda en la decisión consciente de actuar contra la norma y no en la producción de un resultado contingente. Finalmente, descartó la violación del principio de proporcionalidad, al destacar que las amplias escalas penales previstas en el Código Aduanero permiten al juez individualizar la pena conforme a la gravedad concreta del hecho.

En virtud de estos fundamentos, la Corte Suprema dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 872 del Código Aduanero y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a los criterios expuestos. De este modo, el fallo “*Chukwudi*” consolidó una interpretación favorable a la validez constitucional de la equiparación punitiva y puso fin, al menos en el plano jurisprudencial, a la principal fuente de controversia en la materia.

## **VII. Conclusiones.**

El recorrido efectuado permite afirmar que la equiparación punitiva del artículo 872 del Código Aduanero se inscribe en una decisión legislativa coherente con la estructura típica del contrabando y con la concepción del bien jurídico protegido como

control aduanero de naturaleza colectiva. Bajo ese marco, el apartamiento del régimen general del artículo 44 del Código Penal encuentra sustento normativo en el artículo 4 del propio Código Penal y, según la Corte Suprema, no configura una violación manifiesta de los principios constitucionales invocados.

En particular, la caracterización del contrabando como delito funcional orientado a proteger la actividad de control estatal permite comprender por qué la tentativa acabada puede comprometer el interés protegido de manera sustancialmente equivalente a la consumación. En muchos casos, el tramo que media entre el comienzo de ejecución y la consumación es breve, y el núcleo del injusto ya se manifiesta en el entorpecimiento del control. Desde ese enfoque, no resulta irrazonable que el legislador haya optado por una escala única.

Asimismo, el análisis evidencia que la disminución por tentativa del artículo 44 del Código Penal no constituye una exigencia constitucional inderogable, sino una regla general de política criminal (en sintonía con el profesor Diego Zysman B., en su texto *Delito de contrabando: su consumación y el desistimiento voluntario*. Buenos Aires, Nueva doctrina penal -pág. 613-). El punto crítico no reside en una facultad del juez para disminuir la pena por tentativa, ya que en el régimen común esa disminución es obligatoria, sino en la decisión del legislador aduanero de excluir esa consecuencia y trasladar la diferenciación al terreno de la individualización judicial dentro de la misma escala.

En este punto, aun aceptando la constitucionalidad reconocida por la Corte en “Chukwudi”, subsisten tensiones relevantes en el plano de la aplicación práctica. La equiparación absoluta incrementa la carga argumentativa de la sentencia de pena: si tentativa y consumación comparten la escala penal, la motivación judicial debe explicitar con claridad cuáles son los factores concretos que justifican una pena mayor o menor, atendiendo a culpabilidad, magnitud del injusto y afectación real del bien jurídico. De lo contrario, la técnica legislativa puede derivar en respuestas dispares y afectar la previsibilidad.

Además, aunque el bien jurídico sea colectivo y la estructura sea funcional, no puede descartarse que el resultado material conserve relevancia práctica en ciertos casos. La consumación puede expresar una mayor intensidad en la burla del control, un impacto social más grave o la efectiva circulación de mercaderías especialmente

peligrosas. Estos elementos pueden razonablemente incrementar el reproche y deberían reflejarse en la graduación judicial dentro del marco existente. La dificultad es que, al no haber una diferenciación normativa expresa, la coherencia del sistema depende en mayor medida de la consistencia argumentativa y de estándares judiciales exigentes.

En definitiva, la equiparación punitiva vigente constituye una respuesta legislativa constitucionalmente tolerable según el estándar fijado por la Corte Suprema, en atención a la naturaleza del bien jurídico y a la estructura del contrabando. Sin embargo, no aparece exenta de objeciones desde el punto de vista de la justicia material y del riesgo de dispersión decisional. Un diseño normativo que contemplara de manera más explícita ciertos supuestos o criterios de diferenciación entre tentativa y consumación podría reducir márgenes de variabilidad y reforzar la coherencia del sistema con proporcionalidad y culpabilidad en su dimensión sustantiva<sup>12</sup>. Mientras ello no ocurra, la legitimidad práctica de la equiparación dependerá, en última instancia, de una aplicación judicial cuidadosa, racional y controlable.

## VIII. Bibliografía

- BASÍLICO, Ricardo A., VILLADA, Jorge L –directores- (2025). Código Penal de la Nación Argentina. Comentado. Anotado. Concordado. Buenos Aires, Hammurabi.
- CARETÓ, Belén (2018). *Análisis acerca de la constitucionalidad en la equiparación de las penas en los delitos de contrabando tentado y consumado*. Córdoba, Revista Argumentos N° 6.

---

<sup>12</sup> Un posible solución -que comparto- la expuso Belén Caretó en su texto *Análisis acerca de la constitucionalidad en la equiparación de las penas en los delitos de contrabando tentado y consumado* publicado en Revista Argumentos N° 6 (Córdoba, 2018) que transcribo a continuación: “Pensamos que la solución propuesta) por Cecilia Hopp para los casos de tentativas inacabadas es acertada, siendo absolutamente viable la aplicación del art. 44 del CP para aquellos supuestos en donde aún el agente no realizó todos los actos que debía completar según su representación para lograr consumir el hecho. De lo contrario, aplicar la regla consagrada en el art. 872 del CA, sí sería inconstitucional. Para dar un ejemplo, imaginemos que dos sujetos esconden de idéntica manera dinero que no estaban autorizadas a exportar, en este caso, la culpabilidad será la misma tanto para quien fue descubierto “in fraganti” (en el control aduanero, precisamente a punto de cruzar la frontera y, por medio de las torres detectoras es descubierto por funcionarios del aeropuerto) y para aquel que efectivamente logró consumir el ilícito (en este caso, el art. 872 nos da la respuesta correcta). Ahora bien, si uno de esos sujetos aún no hubiera realizado aquello que debía hacer para consumir el ilícito (porque, por ejemplo aún se encuentra en la puerta de ingreso del aeropuerto), entonces su culpabilidad disminuiría, debiendo aplicarse la disminución general de la escala de la tentativa del art. 44 del CP (Págs. 79 y 80).

- CARRERA, Daniel P., VÁZQUEZ, Humberto (2004). Derecho Penal de los negocios. Buenos Aires, Astrea
- ZIFFER, Patricia S. (2013). *Jurisprudencia de Casación Penal*. Buenos Aires, Hammurabi. Tomo 7.
- ZYSMAN B. DE QUIRÓS, Diego (1999). *Delito de contrabando: su consumación y el desistimiento voluntario*. Buenos Aires, Nueva doctrina penal.