



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Facultad de Filosofía, Historia y Letras

IUSHISTORIA
Nº 4 - Octubre de 2007
ISSN 1851-3522
Buenos Aires, Argentina
www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm

LA PERVIVENCIA DEL DERECHO PENAL ROMANO
EN EL CONTRABANDO RIOPLATENSE¹

JUAN CARLOS FRONTERA

I

Manuel Belgrano, entonces secretario del Consulado de Buenos Aires, entendió que para el desarrollo de la región Rioplatense eran necesarias normas adecuadas para su tráfico comercial. En este sentido, manifestó a los comerciantes de Montevideo: “...el proyecto económico de hacer florecientes estas Américas, ha sido un objeto, que desde la conquista misma tiene ocupada la atención de nuestros Soberanos. Importantes reglamentos forman la primera época de el, otros útiles instituyen su progresiva confirmación...”².

Comprendió que debe existir un desarrollo armónico de los sectores productivos. Dijo en la misma oportunidad: “...El comercio, la agricultura, y la navegación son tres ramas tan preciso en todo Cuerpo Político, como de la sangre en el natural...”.

El contrabando, concluyó, es el efecto del mal gobierno. El arribo lícito de buques extranjeros no debe ser motivo de preocupación para los comerciantes de la plaza de

¹ Ponencia presentada en las XVIII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Corrientes, Octubre de 2007.

² AGN, IX 31-1-9, exp. 3.

Montevideo y de Buenos Aires, si lo debe ser el contrabando, al respecto expresó: “... Los efectos que se producen dependen del buen, o mal gobierno, pues en el primer caso benefician al cuerpo político, en el segundo lo descalifican (...) Así se hizo por las leyes Municipales prohibiendo el comercio nuestro con las potencias extranjeras condenando las arribadas de nuestros puertos con las penas de comisos, perdimiento de bienes y destierro sin permitir, ni conocer más, que el interior, y recíproco de la América y la península. Bajo este juicio sin plan, y cuartación de libertad en la navegación y el comercio...”

Las cuestiones de la aduana y del contrabando son serios problemas que acosan a nuestro país desde sus orígenes coloniales. La primera fortaleció el centralismo porteño y favoreció nuestro desarrollo económico regional desparejo. La segunda debilitó a distintos sectores productivos.

En tiempos de la colonia, la metrópoli estableció un monopolio comercial a través del sistema de flotas y galeones bajo las ideas económicas del mercantilismo español.

Sergio Villalobos R. sostuvo que la fundamentación jurídica de la época para el monopolio radicó en que es propio de la naturaleza de toda colonia, establecida para la cultura o comercio, no tener otro que el de la matriz que la fundó; y el derecho privativo en ésta para comerciar exclusivamente con aquella, ha sido mirado siempre como nacido del derecho de gentes³

El contrabando en el Río de la Plata fue producto de esa falta de libertad comercial y de la posición relegada de Buenos Aires con respecto a otras ciudades indianas.

La oposición de los intereses limeños y rioplatenses fue total, tanto en el período de los Austrias como de los Borbones. Ricardo Levene sostuvo que la Revolución de Mayo más que contra España fue contra Lima.

Las necesidades insatisfechas de la población platense y el interés de los comerciantes explican la práctica asidua del contrabando. Aun clausurado el puerto de Buenos Aires por ley, fue frecuente el arribo de naves extranjeras inglesas, francesas, holandesas y portuguesas⁴.

³ *Comercio y contrabando en el Río de la Plata y Chile*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, p.9.

⁴ Ver FLORIA, Carlos Alberto y GARCÍA BELSUNCE, César Augusto, *Historia de los argentinos*, 2da. edición, Buenos Aires, Larouse, 1992.

Las modalidades de contrabando portuario, más frecuentes, fueron arribada forzosa, embarcaciones gemelas, incluir en barcos españoles mercadería fuera de registro y la necesidad de alije de la carga por reparación de avería.

Los privilegios logrados por Inglaterra en el tratado de Utrecht con respecto al comercio indiano y la cesión a Portugal de la Colonia del Sacramento fueron causa del recrudecimiento del contrabando rioplatense⁵.

El Reglamento de Libre Comercio de 1778⁶ abrió una nueva etapa en las relaciones comerciales entre España y América. Su dictado obedeció a la política borbónica, impulsada por Carlos III, de protección y fomento de la agricultura e industria nacionales, cuya situación anterior fue precaria. Su instrumentación implicó una nueva política arancelaria que aumentó el comercio y benefició a las materias primas que utilizó la península. Estuvo inspirado en fines económicos más que fiscales. El cumplimiento de los fines se vio entorpecido por las guerras en que se involucró España, en numerosos casos se emplearon navíos pertenecientes a naciones neutrales para el tráfico comercial.

El contrabando en Buenos Aires llegó a dejar de ser en el siglo XVIII un delito vulgar, oculto, como se practicaba en todos los puertos del mundo. Tuvo en esa ciudad un desarrollo particular, tomó un nombre de categoría se lo llamó “ejemplar”. Esta denominación obedeció al hecho de que sus cultores violaban abiertamente las disposiciones legales que regían la materia⁷.

Los acontecimientos de la Revolución de Mayo y de la Independencia, sostuvo Miron Burgin, dieron sanción política a los cambios económicos que se realizaron en los años anteriores y proporcionaron un poderoso estímulo a la posterior modernización de la vida económica.

Buenos Aires con su aduana tuvo en sus manos las exportaciones e importaciones, decayó la producción de manufacturas y continuó la valoración de los productos agropecuarios, su puerto fue la llave de entrada del comercio del interior.

⁵ LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 174.

⁶ El Reglamento de Libre Comercio perfecciona y amplía el Real Decreto del 2 de Febrero de 1778, que impuso este régimen de libertad de comercio entre España y algunas regiones de Indias, entre las que se cuenta Buenos Aires.

⁷ PAGANO, José León, *Derecho penal económico*, Buenos Aires, Desalma, 1983, p. 18.

Las provincias no pudieron frenar el impacto de las tarifas porteñas lo que debilitó su economía local, tensionando la relación entre el puerto y el interior. La nacionalización de la aduana ocurrió luego de una larga guerra civil en 1860.

II

Pérez y López definieron al contrabando como: “el hecho de quebrantar alguno dolosamente las leyes, ya extrayendo fuera del Reyno, o entrando en él las cosas que les son prohibidas, ya comerciando, o no pagando los justos derechos impuestos de las mercaderías, ocultándolos, o no registrándolos, para eximirse del pago de ellos”⁸.

Pedro González de Salcedo, a principios del siglo XVIII, escribió que el contrabando es una dición moderna compuesta de la preposición contra, y de la voz bando, no conocida por lo jurisconsultos, en su tiempo se decía proscrición”⁹.

El primer testimonio, que obtuvo él, del vocablo bando en el derecho lo ofrece una constitución del emperador Federico, imponiendo este nombre a su mandato. Para Andreas Gail, citado por González de Salcedo, la palabra proviene del alemán bann que significa territorio.

Bando en términos generales significa mandato con pena y su desobediencia contrabando. El jurista español la relacionó con el edicto prohibitorio, y fue receptado en el Derecho Castellano por las Ley 22 T. 5 Part. 5 la prohibición de Marciano del 456 de comerciar con el enemigo.

César Bonesana, Marqués de Becharia¹⁰, en el siglo XVIII, consideró que este delito ofende al soberano y a la nación; pero su pena no debe ser infamante, porque cometido no produce infamia en la opinión pública.

El delito, según él, nació de la ley misma, porque creciendo la gabela crece la utilidad y con esta la tentación de hacer contrabando. La pena de perder el género prohibido y la hacienda que lo acompaña es justísimo; pero será más eficaz cuando más corta sea la gabela; porque los hombres no se arriesgan sino a proporción de la utilidad que el éxito feliz de la empresa les puede producir.

⁸ *Teatro de la legislación de España e Indias*, t. 2, Madrid, 1791, p. 113.

⁹ *Tratado jurídico político del contrabando*, Madrid, 1729, p. 1.

¹⁰ *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pp. 145-146.

El Diccionario de derecho usual, de G. Cabanellos y L. Alcalá-Zamora, define al contrabando como el comercio o la producción prohibida. Productos o mercancías que han sido objeto de prohibición legal.

El artículo 863 del Código Aduanero Argentino tipifica el delito de contrabando y dice: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 8 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”, y el 864 agrega: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 8 años el que: a) importare o exportare mercadería en horas y por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o exportación de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos; b) realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultarle control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación; c) presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere; d) ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación; e) simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad e obtener un beneficio absoluto”¹¹.

Jorge Luis Tosi manifiesta que comete contrabando, todo aquel que, en contra de las disposiciones positivas, con el objeto de ingresar o egresar mercaderías a y de territorio aduanero, mediante ardid o engaño, dificulta u obstruye el control que el servicio aduanero debe realizar sobre aquella¹².

¹¹ No expreso el análisis de la pervivencia del Derecho penal romano en el período de la Confederación o en las primeras leyes nacionales por una cuestión de economía ante la limitación de las páginas autorizadas. Pero el lector tenga en cuenta la ley 161 de la Confederación Argentina, la 810 del período nacional, la ley 11281, y las restantes reformas hasta el Código Aduanero.

¹² *Derecho penal aduanero*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, p. 21.

En la enciclopedia jurídica OMEBA se entiende que el termino contrabando en un principio se utilizó para cualquier prohibición y que deriva del vocablo latino bannun que designa a la ley que ordena o impide los hechos. A partir del siglo XIX se lo vincula con la violación a las leyes aduaneras.

El bien jurídico tutelado será las funciones del Estado, y su trasgresión irá en desmedro de las mismas; por lo que cabría en caso de calificar el delito de contrabando como delito contra la administración pública¹³.

Hay quienes consideran que es un delito contra la hacienda pública, pero olvidan la función parafiscal del tributo o la prohibición del ingreso de mercancías sin tributo. Eduardo Aguirre, contra este sentido, sostuvo que para su concurrencia no es necesario el perjuicio fiscal¹⁴.

III

González de Salcedo, con respecto a la pena por contrabando, afirmó: “Desde el imperio de Alejandro Severo, en que floreció el jurisconsulto Paulo, le tuvo por delito tan grave la transportación de las cosas prohibidas y el comercio con los enemigos del Imperio Romano, que al que obrare en contravención, le impuso la pena de muerte”¹⁵.

Agregó que siendo la ley, o estatuto que prohíbe la introducción de mercaderías de contrabando es conveniente atenderla en causa pública, debe juzgarse y si es favorable y como tal exigible, ejecutar las penas sobre las personas y las cosas. En su opinión el juicio es real y no personal.

En el Derecho castellano-indiano la pena fue en general el comiso de las mercancías. Aunque en algún caso la cárcel.

Pérez y López definieron al comiso como la pena que por este delito se impone, y consiste en la pérdida o confiscación de las propias mercaderías.

En este sentido nuestro Supremo Tribunal en sus primeras sentencias sobre contrabando dijo: “Los beligerantes tienen el derecho de confiscar el contrabando de guerra bajo pabellón neutral, pertenezca ó no al enemigo...”

Si las mercaderías de neutrales dirigidas a puertos enemigos, apresadas por el beligerante, consisten en artículos inocentes ó de los que se califican de contrabando

¹³ TOSI, *Derecho penal...* (12), p. 33.

¹⁴ “Esquema del contrabando”, *Lecciones y Ensayos*, N° 2, Buenos Aires, 1957, p. 30.

¹⁵ *Tratado jurídico...* (9), p. 60

accidental, debe pagarse al dueño el valor que las mismas tienen en el lugar de su destino. Si consisten en armas y municiones, rigen las reglas de la expropiación por causa de utilidad pública, y debe pagarse el valor que los artículos tienen en el lugar donde están¹⁶.

Beccaria se preguntó, pero ¿por qué este delito no ocasiona infamia a su autor, siendo un hurto hecho al príncipe, y por consecuencia a la nación misma? Responde que las ofensas que los hombres creen no les pueden ser hechas, no los interesan tanto, que baste a producir la indignación pública contra quien las comete, no ven el daño que pueden acaecerles por ellas, pues antes gozan de las utilidades presente.

Concluyó que de acuerdo a la naturaleza del tributo, hay contrabandos que deben ser sancionados con prisión, pero no con la misma del hurto o el homicidio.

IV

El contrabando, como conducta y como delito, perduró a través de los tiempos. Cambio sus nombres, pero perduró su esencia y los principios que lo rigen.

Se observó su presencia en Roma y en los visigodos romanizados, en el feudo y el señorío, en España y en las Indias.

La penalística y el sistema penal argentino tienen sus orígenes en Roma. Los institutos jurídicos antiguos fueron receptados en primer término por el Derecho Visigodo ibérico, en segundo término en Castilla, para de allí llegar a nuestras tierras a través del sistema jurídico indiano.

El *ius commune* europeo hasta las codificaciones nacionales mantuvo viva la aplicación del sistema jurídico romano fortalecido con las nuevas soluciones de Derecho Canónico.

La recepción del Derecho Romano no fue sólo en las leyes sino también en las ideas jurídicas españolas. La escolástica barroca, tan importante en la formación de los juristas indianos, fue obra de hombres que reunieron la calidad de teólogos, humanistas y juristas concedores de la filosofía antigua y de las fuentes romanas.

Para reforzar mi conclusión cito a la prof. Nelly D. Louzán de Solimano: “El derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos –la literatura, las costumbres y el arte-, es un producto de la conciencia social. Por lo tanto, varía con el tiempo, cambia de pueblo en pueblo. Ese cambio se podrá realizar en la medida

¹⁶ Fisco Nacional c/ Stewart, Roberto. 01/01/1867. Colección de Fallos T. 4 p. 235.

que evolucionen y se consoliden los sistemas, las experiencias, las necesidades, los sentimientos y la misma civilización”¹⁷.

Concluyo que el Derecho penal argentino abreva en el Derecho Romano tamizado por el canónico¹⁸.

¹⁷ *Curso de Historia e Instituciones del Derecho romano*, Buenos Aires, LUMIERE, 2003, p.17.

¹⁸ Para reforzar mi conclusión ver FERRINI, Contardo, “Derecho penal Romano”, en COGLIOLO, Pietro, *Tratado completo teórico y práctico de derecho penal*, t. 1, Milano, L. Vallardi, 1887, p. 128.