REFORMAS AL CÓDIGO ADUANERO INTRODUCIDAS POR LA LEY 25.986 (*)

por ENRIQUE C. BARREIRA

SUMARIO

- I. Un injustificado apuro en legislar. Antecedentes de la redacción de la ley 25.986.
- II. Las reformas en materia de declaración aduanera.
 - II.1. La declaración aduanera por vía informática.
 - II.2. La necesidad de clasificar la mercadería en la Nomenclatura como presupuesto de la declaración aduanera.
 - II.3. Medios para subsanar los casos en que el Sistema Informático no permite las opciones necesarias para declarar correctamente
 - II.4. Eximente de pena en caso de ejercerse la opción de los apartados 3 de los artículos 234 ó 332.
 - II.5. Las rectificaciones de las declaraciones aduaneras.
 - II.6. Eximente de pena en las declaraciones inexactas que son objeto de rectificación.
 - II.7. La autodenuncia.
- III. La eliminación del efecto suspensivo de la impugnación en los casos del art. 1053, incisos b) y e) del Código Aduanero.
 - III.1. La vía impugnatoria y la razón por la cual se le otorgó efecto suspensivo a los casos contemplados en los incisos b) y e) del art. 1053.
 - III.2. El efecto suspensivo de la impugnación contra los actos que reclaman la restitución de los estímulos a la exportación ya abonados por el servicio aduanero.
 - III.3. El efecto suspensivo de la impugnación contra las multas automáticas.
 - III.4. La aplicación de la eliminación del efecto suspensivo de la impugnación a los casos que se hallan en trámite.
- IV. La declaración informática de los estímulos a la exportación y la prohibición de garantizar su cobro en casos controvertidos.
- V. La aplicación del régimen de ejecución fiscal de la ley 11.683 en la materia aduanera.
- VI. La facultad de la aduana para clausurar establecimientos y domicilios en zona secundaria sin autorización judicial
- VII. La inhabilitación de los instrumentos de medición.
 - VII.1. El régimen de control de los instrumentos de medición en la Ley de Metrología (ley 19.511).
 - VII.2. La nueva norma superpone funciones ya existentes en la ley 19.511 y su decreto reglamentario.
- VIII. Alteración del cálculo de la base imponible para los derechos de exportación en el caso de gasoductos, oleoductos y redes eléctricas.
- IX. La aplicación del régimen de prohibiciones respecto de mercaderías en violación de los derechos de propiedad industrial o intelectual

* Este trabajo será objeto de publicación también en la revista Jurisprudencia Argentina (Lexis Nexis), habiéndose reservado el autor el derecho de publicarlo en la Revista de Estudios Aduaneros.

- IX.1. El art. 51 del ADPIC.
- IX.2. Las medidas proyectadas en los proyectos de ley y de decreto tendientes a implementar el art. 51 del ADPIC.
- IX.3. El anteproyecto remitido por la A.F.I.P. al Congreso y su posterior rectificación.
- IX.4. El texto del art. 46 de la ley 25.986.
- X. La subasta de la mercadería en sede aduanera aunque se encuentre afectada a un proceso judicial o a un sumario.
 - X.1. La Ley 25.603.
 - X.2. Excesiva amplitud de la ley 25.603 en la indicación de la mercadería que estaría incluida en las disposiciones de los artículos 4 y 5 de "la nueva ley".
 - X.3. Los arts. 4 y 5 de la ley 25.603 no obviaron la previa publicación respecto de la mercadería allí referida.
 - X.4. La afectación de la mercadería.
 - X.5. La afectación de la mercadería sometida a proceso judicial o a sumarios administrativos y la modificación de la ley 25.986.
 - X.6. La afectación de la mercadería sometida a proceso judicial o a sumarios administrativos supone la aplicación anticipada de una pena de comiso sin que aún hubiera sentencia y aún para los casos en que el presunto hecho ilícito ni siquiera contemplara como sanción semejante pena.
 - X.7. El derecho a rescatar la mercadería a punto de ser "puesta a disposición de la Presidencia de la Nación".
 - X.8. Exención de tributos que gravan la importación para consumo.
 - X.9. La indemnización del tercero afectado por la medida.
- XI. El agravamiento de las penas y sus efectos.
 - XI.1. Incremento de las penas privativas de la libertad.
 - XI.2. La fijación de un importe del valor a los fines de considerar que el contrabando como calificado. introducción de un inciso i) en el art. 865.
- XII. La eliminación de la excarcelación y exención de prisión en el contrabando calificado.
 - XII.1. Los institutos de la exención de prisión, excarcelación y libertad condicional.
 - XII.2. La derogación del art. 867 del Código Aduanero originario por la ley 23.353.
- XIII. El agravamiento de las penas de multa

I. UN INJUSTIFICADO APURO EN LEGISLAR - ANTECEDENTES DE LA REDACCIÓN DE LA LEY 25.986.

"El apuro desmedido en legislar en un sistema democrático republicano es una falsa muestra de eficiencia. Los gobiernos democráticos son lentos, y así deben serlo, porque sus decisiones atienden a pisar sobre seguro, a consultas previas, a sondeos prudentes de la opinión pública..."

JUAN FRANCISCO LINARES¹

La ley 25.986 publicada en el Boletín Oficial del 5 de enero de 2004 recogió gran parte de las disposiciones propuestas por la AFIP que se sustentaban en un anteproyecto elaborado en el primer semestre de 2004 que se dio en denominar "Plan Antievasión II". Se perdió, así, la oportunidad de poner al día el sistema legal aduanero aprovechando la propuesta que tras dos años de labor presentara a la AFIP el sector privado dedicado al comercio exterior².

En atención a que la referida propuesta del

1. Prólogo de "Fundamentos de Derecho Administrativo", Ed. Astrea, 1975.

2. El 9 de octubre de 2002, comenzó su tarea un Grupo de Trabajo integrado por especialistas aduaneros de la Cámara Argentina de Comercio; la Cámara de Exportadores de la República Argentina; la Cámara de Importadores de la República Argentina; el Centro Despachantes de Aduana y el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, que se abocó al análisis de las disposiciones del Código Aduanero teniendo en cuenta los proyectos de modificación tratados en el Congreso y en

sector privado trataba temas que se superponían con los que se proponía modificar en el Plan Antievasión II, en oportunidad en que aquél fuera presentado al Administrador Federal de Ingresos Públicos en septiembre de 2004, se le propuso celebrar reuniones de trabajo tendientes a mejorar el proyecto ya enviado al Congreso a lo que éste accedió. Por indicación del Administrador Federal, el Director General de Aduanas, Dr. Ricardo Echegaray designó sin pérdida de tiempo un equipo de funcionarios aduaneros y convocó a las cinco entidades que habían intervenido en el estudio del anteproyecto antes mencionado, quienes designaron a sus representantes. Se acordó un método de trabajo³ y se celebraron cinco fructíferas reuniones los días 5, 8,

12, 15, 19 y 22 de octubre de 2004⁴.

De acuerdo al cronograma de trabajo, se abordó en primer lugar el espinoso tema de la responsabilidad en la declaración aduanera, que se encontraba estancado desde hacía más de diez años, pues el sistema informático de la aduana argentina, que comenzó a instalarse en 1993, contemplaba la declaración mediante la indicación de códigos numéricos correspondientes a los dígitos del Sistema Armonizado mientras que el Código aduanero preveía la descripción de la mercadería a fin de que la aduana procediera a su clasificación. Ello dio lugar a serias dudas respecto de la punibilidad de la declaración inexacta por error en la indicación de la Nomenclatura Arancelaria⁵. Dado que la individualiza-

círculos de expertos en el curso de los últimos siete años. Limitó su horizonte a las reformas más importantes o aquellas que debían tocarse para mantener incólume el sistema normativo. El Grupo trabajó semanalmente en más de cincuenta reuniones de las cuales se labraron actas. En septiembre de 2003, con un borrador tentativo se generaron consultas y se convocó una reunión en el I.A.E.A. en septiembre de 2003, oportunidad en la cual se planteó el grueso de las inquietudes que, junto a la opinión de personalidades de conocida versación en la materia, enriquecieron sustancialmente el trabajo. La propuesta final se terminó en agosto de 2004, proponiéndose el tratamiento de cuarenta temas que implicaba la modificación de ciento veinticuatro artículos del Código.

3. Se resolvió tratar en primer lugar los temas que el sector privado consideraba más irritantes y luego el resto. De tal manera se establecieron los siguientes temas principales: 1º) Declaración aduanera, con los siguientes subtemas: a) modo de declaración (arts. 234, 235, 253, 254, 287, 288, 299, 332, 333, 352, 353, 387 y 388); b) rectificación de la declaración (arts. 225 y 322); c) errores de clasificación (art. 957); y d) autodenuncia (art. 917); 2º) Efecto suspensivo de la impugnación (art. 1058); 3º) ejecución judicial (art. 1126), y 4º) Mercaderías prohibidas por violación a los derechos de autor o a la propiedad industrial (art. 45 proyecto de ley). Con posterioridad se encararían los siguientes: 5º) control de instrumentos de medición y facultades en zona secundaria (arts. 122, 123 y 124); 6º) garantía por medios electrónicos (art. 454); no admisión percepción de estímulos a la exportación (art. 458); 7º) incrementos en las penas (arts. 863, 864, 865, 868, 869, 880, 920, 955 992, 994 y 995) e incremento del tope del contrabando menor (arts. 947 y 949); 8º) incrementos de montos para aprobación y competencia (arts. 1024 y 1115); 9º) domicilio fiscal registrado (art. 1127 bis); 10º) despacho de oficio (ley 25.603 y arts. 43 y 44 del proyecto de ley); y 11º) oleoductos (art. 736). Como se puede advertir la idea de la Dirección General de Aduanas era procurar una revisión conjunta de la totalidad de los puntos que trataba el proyecto de ley remitido al Congreso.

4. A las citadas reuniones asistieron, en forma dispar, Ricardo Echegaray (Director General de Aduanas) quien lo hizo en la segunda reunión, Eduardo Fabián Palomo (asesor del Director General de Aduanas) quien concurrió a la tercera reunión, Javier Zabaljáuregui (Subdirector General de Legal y Técnica Aduanera) quien concurrió a la quinta reunión, Jorge De Cicco (Director interino de Asuntos Legales de la D.G.A.), Norma Barrientos (Jefe de Departamento Asuntos Legales D.G.A.) quien lo hizo en las dos primeras reuniones, Graciela Müller (Jefe de Departamento Asuntos Judiciales D.G.A.) quien lo hizo en lugar de la Dra. Barrientos, Silvina Fernández (Directora de Área Técnica D.G.A.), Jorge Calviño (Jefe de División Clasificaciones Arancelarias D.G.A.), Javier Bender (Sistemas AFIP), Ana Sumcheski (CAC), Mario Sixto Portela (CERA) o en su reemplazo Mario D'Agosto (CERA), Enrique Penco (CIRA), Juan Carlos Ferrari (Presidente del CDA) o en su lugar Carlos A. Ferré (Vicepresidente CDA) o Fernando Camauer (CDA), Miguel Angel Sarabayrouse (Presidente del IAEA) quien lo hizo en la quinta reunión, Alfredo Abarca (IAEA) y Enrique C. Barreira (IAEA).

5. Fernando G. Camauer, "La regulación normativa del Sistema María", Revista de Estudios Aduaneros, N° 5, año 1993, pag. 17, y "La declaración punible en el Sistema Informático María", Revista de Estudios Aduaneros, N° 6, año 1994, pag. 37; Horacio García Prieto, "La declaración aduanera de la posición arancelaria errónea en la legislación actualmente vigente", Revista de Estudios Aduaneros, N° 6, año 1994, pag. 39; Jorge C. Sarfi, "Reflexiones acerca de las declaraciones inexactas en el despacho de mercaderías de importación", Revista de Estudios Aduaneros, N° 10, año 1997, pag. 59; Francisco J. Menéndez, "El Sistema Informático María y las declaraciones inexactas", Revista de Estudios Aduaneros, N° 14, año 2001, pag. 97; Enrique C. Barreira, "La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera", Revista de Estudios Aduaneros, N° 14, año 2001, Capítulo X, pags. 138 a 143.

ción de la mercadería y demás circunstancias de la operación a través de los dígitos de la nomenclatura arancelaria es el único modo de declararla en el sistema informático, por esta vía se trasladaba la responsabilidad de clasificar y valorar la mercadería a los importadores y exportadores, con la consecuente agravación de las responsabilidades penales en caso de declaración inexacta, sin que ello estuviera previsto en la legislación de fondo.

En las reuniones mantenidas entre el sector público y el sector privado se intentó establecer un sistema de declaración que compatibilizara la rapidez y seguridad del control aduanero con los principios de defensa del administrado, para lo cual se acordó la modificación de los artículos 225, 234, 235, 253, 254, 287, 288, 298, 299, 322, 332, 333, 352, 353, 387, 388, 917, 958 y el inciso a) del art. 959 del Código Aduanero.

La tarea común, felizmente emprendida, quedó trunca en el momento en que la aduana se hallaba analizando la posibilidad de incluir en los arts. 234 y 322 la propuesta hecha por el sector privado para el primero de ellos a fin de regular la declaración en los casos en que el valor no pudiera determinarse en el momento de registrarse la solicitud de destinación pertinente, habiendo ya conformidad con la redacción propuesta por el sector privado en materia de importación⁶.

La interrupción de estas reuniones, atribuida a una inexplicable urgencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos en que se aprobara la ley antes de fin de año, impidió que fueran oídas las demás sugerencias del sector privado, limitándose el aporte sólo a las disposiciones relacionadas con la declaración.

De esta manera es de lamentar el descuido que la ley exhibe respecto del derecho de pro-

piedad y la defensa en juicio, en especial, al facultar la clausura de locales ubicados en la zona secundaria aduanera sin intervención judicial; al eliminar el efecto suspensivo de las impugnaciones si la aduana intima restituir lo pagado en concepto de estímulos a la exportación; al eliminar el efecto suspensivo del recurso contra multas automáticas, pese a su naturaleza penal y al aplicar en materia aduanera el arbitrario régimen de ejecución fiscal impositivo que implica ser ejecutado y embargado sin intervención de un juez, con prohibición de oponer la excepción de pago parcial e imposibilidad de apelar.

La ley no estableció una fecha para su entrada en vigencia, por lo cual le es aplicable el art. 2 del Código Civil conforme con el cual si las leyes no designan el tiempo en que comienzan a ser obligatorias, lo serán después de los ocho (8) días siguientes al de su publicación oficial. Los días a este efecto son corridos (art. 28 del Código Civil), por lo que habiéndose publicado el 5 de enero de 2004, los ocho días siguientes finalizaron a las 24 horas del día 13 de enero de 2005, entrando a ser obligatoria a partir de la cero hora del día 14 de enero de 2005. Si bien sus normas son obligatorias desde ese día, ello no significa que ellas sean aplicables a todas las situaciones existentes, ya que ello dependerá de la especial relación jurídica de que se trate, principalmente si puede interpretarse que afecta derechos amparados por garantías constitucionales, como veremos al analizar el caso de la eliminación de los efectos suspensivos de la impugnación aduanera.

A fin de efectuar un análisis ordenado de las modificaciones, no tomaremos el orden numérico establecido por el articulado reformado sino que trataremos cada institución, agrupando los artículos en orden a las mismas.

6. La propuesta consistía en introducir la regla contemplada en el Comentario 4.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas en un apartado que expresara que cuando la mercadería se encontrara sujeta al pago de tributos que gravaren la importación para consumo (o la exportación para consumo, según el caso), el servicio aduanero podía autorizar que el importador declarara un valor de transacción provisional siempre que, en virtud de las modalidades de la transacción debidamente acreditadas, la determinación del valor de transacción no pudiera efectuarse en el momento del registro de la solicitud de destinación correspondiente. En tal caso el importador debía pagar los derechos de importación y demás tributos de acuerdo al valor provisional estimado; garantizar la eventual diferencia que razonablemente estimare el servicio aduanero, de conformidad con lo establecido en el artículo 453 inciso a) e informar el precio definitivo dentro del año contado desde el registro de la solicitud de destinación de importación para consumo y pagar los tributos que correspondieran.

II. LAS REFORMAS EN MATERIA DE DECLARACIÓN ADUANERA

II.1. La declaración aduanera por vía informática

La imposibilidad de verificar la totalidad de las mercaderías que se importan o exportan introdujo en el sistema aduanero la institución del "despacho en confianza" mediante el cual el servicio aduanero autoriza el libramiento a plaza de la mercadería sin proceder a la verificación de la misma o verificando sólo una parte de ella, confiando en la veracidad de la "previa declaración" que el importador ha presentado ante ese mismo organismo en el momento en el que solicita una destinación aduanera. De allí que el "despacho en confianza" actúa en función de la "declaración previa" y viceversa.

Tal como hemos tenido oportunidad de expresarlo antes, los términos "declaración aduanera", suelen ser utilizados por las legislaciones y la doctrina haciendo referencia a dos conceptos diferentes. Por un lado al acto mediante el cual el interesado indica a la aduana el régimen aduanero que desea aplicar a la mercadería, exteriorizando la voluntad del titular de la mercadería de someterla a una destinación aduanera determinada, dando inicio al trámite aduanero; es decir la "solicitud de destinación aduanera". Por otra parte también se lo utiliza para indicar el acto mediante el cual el mismo interesado comunica a la aduana los datos exigidos por ésta para aplicar dicho régimen aduanero; es decir la conocida como "declaración en detalle" o, como preferimos llamarla nosotros, "declaración informativa"⁷. En este caso vamos a utilizar la palabra "declaración aduanera" en el segundo de los sentidos, es decir, para referirnos a la de-

claración informativa tanto de la mercadería como de las circunstancias que rodean su destinación de importación o exportación tales como los elementos que inciden en su valoración (la existencia de vinculación o no entre comprador y vendedor, la existencia de pagos de cánones no declarados, etcétera).

Los artículos del Código Aduanero referidos al modo de formalizar las solicitudes de destinación aduanera⁸ disponían que la declaración en detalle de la mercadería y demás circunstancias relevantes que se acompañaba anexa a ella, debía hacerse por escrito. Por su parte se disponía que el servicio aduanero determinaría las formalidades, requisitos y documentación complementaria exigibles para la declaración informativa⁹ que, salvo el caso de equipaje y otras excepciones, establecieron la declaración por vía informática.

La nueva ley contempla que si bien la declaración puede también hacerse por escrito en soporte papel, con la firma del declarante e indicando el carácter en que éste lo hace, se da reconocimiento legal a la declaración por el sistema informático así como por vía verbal o mediante la simple presentación de los efectos cuando se tratare de regímenes especiales que tuvieren contemplada esta manera de declaración.

La declaración por vía informática genera el problema de la prueba de la certeza de su autoría¹⁰. Para solucionarlo la ley exige la ratificación de la declaración bajo la firma del declarante, salvo que el sistema permitiera la prueba de la autoría por otros medios que fueren fehacientes.

Dado que hay supuestos de regímenes especiales, tales como el equipaje, en los cuales la declaración se efectúa mediante la simple presentación de los efectos que el viajero considere

7. Acerca de las diferencias entre ambos conceptos y la confusión terminológica imperante, ver Enrique C. Barreira, "La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera", Revista de Estudios Aduaneros, N° 14, año 2001, Capítulo I, pag. 116 y siguientes.

8. Artículos 234 para la importación para consumo; 253 para la importación temporaria; 287 para el depósito de almacenamiento; 298 para el tránsito de importación; 332 para la exportación para consumo; 352 para la exportación temporaria y 387 para el removido.

9. Artículos 235; 254; 288; 299; 333; 353 y 388.

10. Esta preocupación se pone de manifiesto en el texto que esta ley incorpora como apartado 2 del art. 455 del Código Aduanero donde se expresa que los datos referentes a las garantías se podrán registrar por vía informática, que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad de las mismas.

sometidos a tributos aduaneros o restricciones a su importación o exportación, se añadió que, en estos casos, la declaración también podía ser verbal o gestual, mediante la presentación antes mencionada. De esta manera se amplió la redacción anterior que sólo contemplaba la declaración escrita.

II.2. La necesidad de clasificar la mercadería en el Sistema Armonizado como presupuesto de la declaración aduanera.

En cuanto a la declaración en sí misma, la anterior redacción disponía que la misma debía indicar la naturaleza, especie, calidad, estado, peso, cantidad, precio, origen y procedencia de la mercadería, así como toda otra circunstancia o elemento necesario para permitir la correcta "clasificación arancelaria" y "valoración" de la mercadería de que se tratase por parte del servicio aduanero. Ello exigía una descripción acabada de todos esos elementos a los cuales mencionaba a título meramente ejemplificativo y que encuadraban dentro del concepto residual de todo elemento necesario para que la aduana pudiera "clasificar" y "valorar" la mercadería, pues, tanto el régimen tributario como las restricciones o prohibiciones a la importación o exportación, así como los estímulos a la exportación aplicables al caso, dependen de la clasificación arancelaria de la mercadería y, por otra parte, el monto de los tributos "ad valorem" y, en cierta medida el importe de los estímulos a la exportación, dependen de la valoración de aquella.

En el texto original del Código que ahora se reforma, la tarea de clasificación y valoración le correspondía al servicio aduanero. Ello quedaba en claro no sólo por la redacción de los artículos 234, ap. 2 y 332, ap. 2, sino también en

lo previsto en el artículo 957 (ahora derogado), conforme con el cual la clasificación arancelaria inexacta declarada ante la aduana no era punible en la medida en que se hubieran indicado todos los elementos necesarios para permitir a la aduana su correcta clasificación. La introducción de la declaración por vía informática se había producido en 1993 y, a fin de facilitar la informatización, en 1996 la aduana eliminó la posibilidad de declarar mediante la descripción de la mercadería y estableció la obligación del declarante de individualizarla mediante la posición arancelaria en el Sistema Informático María y los consecuentes sufijos de valor¹¹, aunque sin fundamento en la ley de fondo. De tal manera la introducción de este modo de declarar en la legislación de fondo es una de las más importantes modificaciones de la ley pues consagra a nivel legal que la responsabilidad de la clasificación y valoración aduanera se encuentra ahora a cargo del importador o exportador. Estos, deben, entonces proceder a la tarea previa de clasificar la mercadería lo que implica interpretar el Sistema Armonizado, labor de alto tecnicismo propia de expertos, que requiere conocer profundamente la nomenclatura, sus normas de aplicación y los criterios aprobados en esta materia por parte de los órganos nacionales e internacionales, a lo que cabe agregar que quedan sin efecto las declaraciones incompletas, duales o ambiguas¹².

En otras palabras, dado que la declaración se hace a través del encuadre de la situación de hecho en algunos de los símbolos que el sistema clasificatorio vigente posee, el declarante debe transitar por dos niveles de traducción simbólica: el primero (y tradicional) que es el de traducir en palabras el concepto de la mercadería que, en concreto, se quiere declarar, y el segundo, el de volver a traducir, en otro sistema

11. La Resolución (ANA) N° 2433/96 (B.O. del 22 de julio de 1996) modificó el punto 4.2. de la Resolución 1789/92 expresando que la declaración comprometida, "constando estructuralmente de dos porciones: una fundamental, que comprende el ajuste a textos de la Nomenclatura y una complementaria, que incluye obligatoriamente, de existir, los textos de los correspondientes desarrollos vigentes del Arancel Integrado Aduanero (Sistema María) y los códigos y textos de los consecuentes sufijos de valor y estadísticas que afecten a la posición arancelaria de que se trate, cualquiera fuese el nivel en el que se inscriban tales sufijos (Capítulo, Partida, Subpartida, Posición)";

12. Fernando Camauër, "La declaración punible en el Sistema Informático María", Revista de Estudios Aduaneros, N° 6, año 1994, página 38.

simbólico más complejo que el del lenguaje, esas palabras y el concepto que ellas implican, en códigos numéricos preestablecidos de acuerdo a un complejo sistema interpretativo. Si las posibilidades de error existían en el primer nivel de simbolismo, se duplican con el segundo, con el agravante que el error en la tarea de ubicar la mercadería en ese sistema implicará la comisión de una declaración aduanera inexacta en la solicitud de destinación aduanera correspondiente¹³. Téngase en cuenta que, pese a la opinión en contrario del sector privado, la nueva ley derogó el art. 957 del Código Aduanero. De esta manera, ahora se configurará como infracción de declaración inexacta la mera indicación por parte del declarante de una posición en la nomenclatura que no sea la que el servicio aduanero considera que corresponde en el caso¹⁴, aplicándose un castigo cuya gravedad fue concebida teniendo en cuenta solamente los supuestos de declaración inexacta de los "elementos de hecho" pero no para el error, muchas veces cometido de buena fe, que se puede cometer en la interpretación y aplicación de las normas clasificatorias aplicables.

Lo grave es que el campo del ilícito abarcará como conducta punible la impericia en los conocimientos técnicos aduaneros. Ante esta circunstancia consideramos que la jurisprudencia de nuestros tribunales tiene a su cargo la difícil pero importante tarea de diferenciar ambos campos de acción y contemplar los casos en que la inexactitud de la declaración radique exclusivamente en errores clasificatorios.

En cuanto al contenido de la declaración, la ley 25.986 elimina la enumeración de los elementos susceptibles de ser declarados, resumiéndolos conceptualmente con las palabras "*toda circunstancia o elemento necesario para permitir al servicio aduanero el control de la correcta clasificación arancelaria y valor de la mercadería que se trate*". La lectura del párrafo

transcripto deja traslucir que la declaración no es para permitir la clasificación y valoración "por parte del servicio aduanero", sino que la misma debe "permitir" al mismo "el control de la correcta clasificación y valoración" que ahora debe hacer el declarante.

Como hemos dicho antes, el servicio aduanero consideró que la norma del art. 957 era incompatible con el nuevo esquema, lo cual el sector privado no compartió, no sólo por el criterio según el cual los errores de clasificación deberían ser considerados con benevolencia sino porque en algunos casos, tales como el contemplado en los nuevos apartados 3 y 4 de los arts. 234 y 332, el importador o exportador estaría declarando de la manera tradicional. No obstante, la versión final de la AFIP dispuso su eliminación, seguramente basándose en la nueva exigencia de sanción que se incorporó en el art. 959 inciso a).

II.3. Medios para subsanar los casos en que el Sistema Informático no permite las opciones necesarias para declarar correctamente

El primer párrafo de los apartados 3 de los nuevos arts. 234 y 332 aclaran que si la declaración se realizara a través del procedimiento informático, el servicio aduanero podrá codificar los elementos de la declaración. Esto, como hemos visto antes, es lo que en la práctica la aduana argentina venía haciendo desde la segunda mitad del año 1993 a través del Sistema Informático María en las aduanas más importantes y que luego generalizara a todas las aduanas del país. Por el mismo se exigía que el importador o el exportador (por sí o a través del despachante de aduana) declarara de conformidad con los dígitos de la Nomenclatura aplicable¹⁵, hoy la Nomenclatura Común del MERCOSUR, basada en el Sistema Armo-

13. Enrique C. Barreira, "*La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera*", en Revista de Estudios Aduaneros, N° 14, año 2001, Capítulo X, páginas 138 a 143.

14. Fernando Camauër, obra citada en la nota 11.

15. La Resolución A.N.A. N° 2559/93 dispuso que la declaración debía concretarse en el Sistema Informático María mediante la clasificación en el Arancel Integrado Aduanero, estructurado sobre la base de la entonces vigente Nomenclatura del Comercio Exterior.

nizado¹⁶. No obstante, la codificación referida en la ley no se limita a los dígitos de la Nomenclatura sino que incluye a los llamados "sufijos de valor", que si bien no tienen relevancia directa en materia clasificatoria, posibilitan la discriminación de la mercadería de acuerdo a marcas, modelos y otras características que tuvieron directa incidencia en el valor de la mercadería.

No obstante, puede darse el caso de que el sistema de codificación no contemple ciertos datos relativos a la descripción de la mercadería o a las circunstancias concernientes a la operación y que estos datos o circunstancias fueran esenciales o necesarios para la correcta clasificación y valoración o que tuvieran relevancia para la correcta aplicación del régimen tributario o de prohibiciones o restricciones. Esta falta de previsión en el sistema es común y propia de toda obra humana. En algunas oportunidades hay normas que conceden exenciones o excepciones que el sistema informático no ha tenido en cuenta, o posiciones arancelarias a las que, en virtud de la especial interpretación de la aduana, el sistema informático enlaza determinados aranceles o restricciones o prohibiciones que a juicio del declarante no corresponden. En el sistema manual el declarante consignaba los datos de la mercadería, mencionaba la posición arancelaria que él consideraba aplicable y establecía cual era el tratamiento aduanero que a su juicio le correspondía, correspondiéndole a la aduana confirmarla o rectificarla. En el sistema informático, en cambio, una vez indicada la posición arancelaria, el origen y demás datos que el propio sistema va reclamando a medida que los anteriores son llenados, éste culmina indicando las consecuencias que de ese llenado se derivan. De tal manera, el declarante puede encontrarse con que su declaración desemboca en un trata-

miento aduanero distinto del que él considera que corresponde de acuerdo con la ley¹⁷.

Ello dio lugar en la jurisprudencia argentina a pronunciamientos tendientes a desplazar la responsabilidad del declarante cuando el sistema informático no le brindare las opciones necesarias para efectuar una correcta declaración¹⁸.

A fin de prevenir esta situación la nueva ley admite que en esos casos el declarante pueda optar por registrar la destinación planteando la dificultad y solicitando la intervención del servicio aduanero para que solucione esa falencia, a cuyo fin debe brindar los elementos que considerare necesarios para efectuar una correcta declaración. Si bien no está expresamente dicho en la norma, el declarante debe razonablemente formular la declaración aduanera de la manera en que él pretende hacerlo. Si se tratara de un problema de insuficiencia del sistema de codificación numérica para contemplar el tipo de mercadería que se quiere declarar, deberá hacer una descripción detallada de la mercadería e indicar cual sería a su juicio la correcta clasificación. Si se tratara de la falencia del sistema informático en haber contemplado ciertas normas de desgravación, exención o excepción a ciertas restricciones o prohibiciones deberá indicar la posición arancelaria pero marcando el tratamiento aduanero que debe corresponder y que no coincidirá con el que surge del sistema informático. Si se tratara de un tratamiento aduanero que surja del sistema informático por haberse receptado en el mismo una norma ilegítima o inconstitucional, el declarante tiene que poder ejercitar su derecho a impugnar dicho tratamiento, por lo que deberá hacer la declaración de conformidad con lo que él considera que corresponde. En este sentido debe tenerse en cuenta que pese a que el servicio aduanero no podría por sí declarar la inconstitucionalidad, la con-

16. El Sistema Armonizado fue aprobado por el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de designación y codificación de mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas el 14 de junio de 1983 y modificado por su Protocolo de Enmienda celebrado en la misma ciudad el 24 de junio de 1986.

17. En ese itinerario informático es cuando ha sucedido que el sistema presenta al declarante el dilema de tener que optar por dos o más alternativas entre las cuales no se encuentra la que realmente correspondería declarar. El no elegir por una de esas opciones incorrectas impediría la declaración y, por otra parte, llenar el dato incorrecto puede llevar a un resultado incorrecto o a nuevas opciones que tampoco conciben con las que deberían indicarse, con el consecuente peligro de sanción.

18. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "E", causa "Disporteko S.A." del 24 de febrero de 1999 (Revista de Estudios Aduaneros, N° 13, primero y segundo semestres de 1999, pag. 178).

troversia debería igualmente plantearse por esta vía a fin de agotar el procedimiento establecido para desembocar en la litis judicial.

En estos casos u otros similares, la aduana podría sostener que las imprevisiones del sistema de codificación no existen y aducir que al administrado no cumplió con los deberes a su cargo o que entorpeció la acción del servicio aduanero. A fin de evitar arbitrariedades fundadas en este tipo de argumentaciones la nueva disposición destaca que ello es "a juicio del declarante".

Esta importante novedad permite equilibrar el interés de la aduana en uniformar el procedimiento de la declaración en forma ágil y dinámica a través del sistema informático por una parte y el interés del administrado en obtener seguridad jurídica cuando se encuentra imposibilitado de declarar en forma voluntaria por la otra, dándole un escape al dilema de hierro de declarar mal o de no declarar, que se planteaba en el proyecto originalmente propuesto por la AFIP.

En anteriores oportunidades se había propuesto como alternativa la introducción en la ley de un procedimiento rápido de consulta, pero ello encontró resistencias en quienes consideraron que de esa manera se podía ver dilatado el tiempo del despacho.

En la nueva disposición, el pedido de consulta para subsanar los inconvenientes no suspende el registro de la destinación aduanera, lo que puede tener suma importancia en casos tales como el de mercaderías en viaje o ya arribadas cuya importación ha devenido prohibida y para las cuales fuera necesario registrar la solicitud dentro de un plazo determinado (art. 619 del Código Aduanero) o cuando la urgencia en el registro proviniera de obligaciones de orden contractual existentes en los contratos de venta internacional o en las cartas de crédito documentario.

A fin de impedir las dilaciones, el apartado 4 de los arts. 234 y 332, dispone que si el declarante hizo uso de esta opción, el servicio adua-

nero no podrá demorar la respuesta más allá de cinco días (que, conforme al art. 1007 debe computarse por días hábiles), subsanando el inconveniente o rechazando la pretensión según el caso. Por iguales razones se exige que el servicio aduanero se expida con los elementos que aportare el declarante y con los que tuviera a su disposición, sin que pueda dilatar su decisión requiriendo más elementos.

Para garantizar los derechos del administrado se contempla que contra el acto que dictare la aduana rechazando la pretensión solicitada queda expedito el procedimiento de impugnación (art. 1053 del Código), pudiendo el declarante despachar la mercadería bajo el régimen de garantía (art. 453 y siguientes).

Cabe preguntarse que sucede si el servicio aduanero no se expide dentro de los cinco días contemplados en la ley. Por una parte el primer párrafo del art. 10 de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos prevé en su primer párrafo que el silencio será interpretado como negativa y que "si las normas especiales no previeren un plazo determinado", éste no podrá exceder de sesenta días, vencido el cual el interesado requerirá pronto despacho y, si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la administración.

Esta norma tiene dos lecturas. Por una parte que esta norma indicaría que el pedido de pronto despacho sólo es exigido por la ley si la norma no previere un plazo determinado, por lo que, "a contrario sensu", si la ley si dispusiere un plazo expreso, como en este caso, el requerimiento de pronto despacho no sería necesario. Por la otra, que aún cuando la ley estableciera un plazo expreso para que la Administración se pronuncie, sería necesario que transcurrido el mismo se solicite el "pronto despacho"¹⁹. Si bien consideramos que esta interpretación facilita la morosidad administrativa y la indefensión del administrado debemos reconocer que la ley brinda apoyo a esta posición pues, luego de referirse al plazo de sesenta días en caso de no existir

19. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Odol S.A. c/ Gobierno Nacional" del 11 de mayo de 1982 (LL-1982-C-617 § 739) expresó que el art. 10 de la Ley 19.549 exige la intervención activa del particular al obligarlo a requerir pronto despacho frente a la inactividad de la administración como condición para que se opere el silencio.

uno especial, el art. 10 de la Ley 19.549 añade que "vencido el plazo que corresponda" se debe requerir "pronto despacho" y dejar transcurrir otros treinta días de manera que al término de este último plazo recién se considerará que hay silencio de la Administración. Al referirse la norma al "plazo que corresponda" se estaría refiriendo tanto al previsto en la ley especial como al residual de sesenta días establecido por este art. 10.

En el caso que nos ocupa, la ley ha querido establecer un sistema ágil que no trabe la rapidez que demanda el trámite aduanero. Una interpretación restrictiva como la que hemos reseñado aplicada al plazo breve establecido en los nuevos apartados 3 y 4 de los arts. 234 y 332 frustraría la finalidad que el legislador ha tenido en cuenta.

No obstante consideramos que si bien ante el silencio del servicio aduanero en los casos de haber transcurrido el plazo de cinco días previsto en los apartados 4 de los arts. 234 y 332 del Código Aduanero, deberá pedirse "pronto despacho", ello no impide a que, si el administrado al solicitar la intervención aduanera ha llenado todos los recaudos necesarios para clasificar y valorar la mercadería y ha liquidado los tributos correspondientes, pueda solicitar el libramiento de la mercadería bajo el régimen de garantía sobre la base de lo dispuesto en el art. 453 inciso a) del Código Aduanero, pues esta última norma no requiere necesariamente de la existencia de un acto administrativo (puede ser eventual, es decir que aun puede suceder), ni tampoco de una impugnación. Ello, por supuesto, sin perjuicio de poder plantear impugnación en los términos del art. 1053 inciso f) del Código Aduanero, contra el incumplimiento del funcionario en emitir opinión dentro del término de ley, ya que perjudica el derecho subjetivo del importador o exportador de obtener decisión dentro de los cinco días, lo que podrá hacer con reserva de ampliar el objeto de la impugnación en caso

de resultar negativo el pedido efectuado. Por otra parte, difícilmente el servicio aduanero podría sostener que no se encuentra habilitada la impugnación por no haber acto administrativo, pues nadie puede ampararse en el propio incumplimiento de la ley para sacar ventaja de ella²⁰.

El servicio aduanero no ha reglamentado los procedimientos tendientes a poner en funcionamiento esta norma. Quizás muchos de los funcionarios del área operativa consideren que hasta tanto la reglamentación no estuviere dictada, el artículo no se encuentra vigente. Ello es erróneo pues el artículo ha generado un derecho subjetivo a favor de los administrados que se encuentren en la situación allí descripta y que no puede ser menoscabado por la inactividad del Estado. Consecuentemente, el artículo es operativo y el servicio aduanero debe cumplirlo aún cuando sea negligente en disponer las instrucciones para que los agentes aduaneros lo lleven a cabo.

Este sistema de declaración contemplado para las destinaciones definitivas (arts. 234 y 332) resulta aplicable a las solicitudes de destinación suspensiva tanto en materia de importación (arts. 253, 287, 298) como de exportación (arts. 352 y 387), reemplazando los textos de los artículos correspondientes por un párrafo que dispone que la solicitud de destinación suspensiva en cuestión se regirá por lo dispuesto en los artículos 234 o 332.

II.4. Eximente de pena en caso de ejercerse la opción de los apartados 3 de los artículos 234 ó 332.

A fin de dejar en claro la opción prevista en los apartados 3 de los arts. 234 y 332 del Código y que la eventual intención clasificatoria que se desprende de la presentación del declarante no pueda considerarse una declaración comprometida pasible de sanción, la nueva ley agrega a la eximente de pena obrante en el art. 959 inciso

20. Genaro Carrió "Principios jurídicos y positivismo jurídico", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970), expresa que el principio jurídico conforme con el cual a nadie debe permitírsele sacar provecho de su propia trasgresión, fue admitido por la jurisprudencia norteamericana sin que el mismo surgiera expresamente de la ley. Menciona que ese principio se ve reflejado en la llamada "ley de la ventaja" en el juego del fútbol que se estableció por los árbitros antes de que se incluyera dentro del reglamento de ese juego.

a), que no debe sancionarse a quien hubiera presentado una declaración inexacta siempre que la circunstancia o el elemento en el cual la declaración recayera, hubiera sido objeto de las opciones a que aluden los arts. 234, ap. 3 ó 332 ap. 3 del Código.

II.5. Las rectificaciones de las declaraciones aduaneras.

En la legislación comparada existe desde hace ya largo tiempo la regla según la cual se permite que el declarante rectifique la declaración de las mercaderías que ya hubiera presentado ante el servicio aduanero siempre que ello sucediera antes que la aduana hubiera dado comienzo al control documental de la misma o al examen físico de la mercadería²¹. Esta regla existe desde hace ya mucho tiempo en la legislación argentina remontándose sus antecedentes a los arts. 195 y 196 del derogado Decreto 83.708/41, reglamentario de la Ley de Aduana.

El Código Aduanero introdujo esta regla en sus artículos 225 para importación y 322 para exportación que autorizaban la rectificación de la declaración aduanera²² siempre que concurrieran dos elementos:

1) un elemento material consistente en que la inexactitud fuere comprobable de la simple lectura de la declaración o de los documentos complementarios anexos a ella; y

2) un elemento temporal consistente en que la solicitud de rectificación hubiera sido formulada con anterioridad a que:

2-a) la diferencia hubiera sido advertida por cualquier medio por el servicio aduanero;

2-b) a que hubiera un principio de inspección aduanera; o

2-c) a que se hubieran iniciado los actos preparatorios ordenados por el agente verificador.

La exigencia de que el pedido se realice antes que se produzca alguna de estas tres últimas circunstancias, también se exige en la causal de atenuación de multa por autodenuncia (art. 917) que más adelante trataremos; pero en aquél caso el elemento material no existe e impide que la rectificación sea aceptable y, por ende, que la infracción pueda ser eximida. La doctrina y la jurisprudencia tendientes a interpretar las causales temporales de la autodenuncia eran aplicables a la figura de la rectificación y dado que la autodenuncia, aunque con cambios, reconoce sus raíces en las viejas ordenanzas de aduana de 1876, las mencionadas interpretaciones eran ya de larga data.

Que la diferencia no haya sido advertida por cualquier medio por el servicio aduanero, indica que basta que la aduana no se hubiese dado cuenta de la existencia de la declaración inexacta para que la advertencia efectuada por el responsable sea idónea. En cuanto a la "inspección aduanera", se entendió que ella se refería la verificación de la mercadería por parte del verificador y en cuanto a los "actos preparatorios del despacho por el agente verificador" la interpretación que hacía tradicionalmente la jurisprudencia de las normas similares existentes en las Ordenanzas de Aduana y en la ley de Aduana es que existía "principio de verificación" cuando se había empezado la operación material de revisión, comprobando las marcas, número y envase de los bultos que contienen las mercaderías solicitadas a despacho²³.

Ante una apelación planteada en los términos del entonces vigente art. 26 del Código

21. Esta regla fue receptada en la Convención de Kyoto de 1973, Anexo B-1 relativo al despacho a consumo de la mercadería, cuya norma 18 establece: "Las autoridades aduaneras permitirán que el declarante rectifique la declaración de mercancías una vez presentada, siempre que en el momento de formular la petición no haya dado comienzo el examen de la declaración ni el reconocimiento de las mercancías". Hoy en día esta norma con modificaciones de orden formal, figura en el Anexo General, Capítulo 3, Norma 3.27 del Protocolo de Enmienda de la Convención, que data de 1999.

22. La voz "rectificación" es comprensiva de "modificación" y de "aplicación", siendo esta última una especie de "modificación", por lo que en este trabajo utilizamos por razones de comodidad solamente el término "rectificación".

23. Cámara Federal de la Capital, pronunciamiento del 9 de marzo de 1927. Por su parte el mismo tribunal en fallos del 2/9/32 y del 10/11/32, publicados en Jurisprudencia Argentina T. 39 p g. 324, agregaba los mismos conceptos exigiendo que la declaración se efectuara en los términos de los arts. 122 a 132 de las Ordenanzas de Aduana, que eran las relativas a la tramitación del despacho de importación, en especial de la verificación.

Aduanero (luego derogado por el decreto de necesidad y urgencia 618/97), la Secretaría de Hacienda dictó las Resoluciones 215/00 y 217/00 mediante las cuales aclaró que la asignación al despacho del "canal rojo" (verificación) o naranja (control documental) no significa que ello implique un "acto preparatorio del despacho ordenado por el agente verificador" que impida la rectificación²⁴. No obstante, tiempo después, el Ministerio de Economía rectificó dicho criterio a través de la Resolución N° 424/03 de confusa redacción. Criterios cambiantes, nada buenos para la seguridad jurídica.

Por una aplicación extensiva del criterio más restrictivo de la aduana, se entendió que una vez librada a plaza la mercadería, la rectificación no era admisible, pues se suponía que ya había habido inspección o verificación. Hallándose vigente del Código Aduanero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue aun más allá y sostuvo que la iniciación de la descarga bajo el control aduanero (art. 194 Código Aduanero) constituía un principio de control aduanero en los términos del art. 917 del mismo ordenamiento, por lo que asimilaba este acto a una inspección aduanera que impedía, en el caso del art. 225, la rectificación posterior²⁵.

En 1991 se adoptó en Argentina el sistema de selectividad mediante el cual, si al despacho se le asignaba el "canal verde" se autoriza el libramiento sin control documental ni verificación alguna de la mercadería, se dieron casos en los cuales, una vez liberada la mercadería sin veri-

ficación y llegada al local o establecimiento del importador, al abrir éste el contenedor o los bultos que la contenían, encontrara mercadería distinta de la declarada y, por lo tanto, distinta de la que constaba remitida por el proveedor extranjero en las facturas y demás documentación del transporte. En estos casos, como hemos visto, la rectificación no era admitida lo que condenaba al importador de buena fe o bien a padecer la aplicación de una severa multa contemplada en el art. 954 del Código Aduanero por la declaración inexacta o bien ocultar a la aduana la discordancia encontrada a fin de evitarse esa multa, generando serios problemas para devolver la mercadería al extranjero a fin de que se cumpliera adecuadamente el contrato de compraventa. Ello obligaba al importador a registrar las existencias de su mercadería de una manera distinta y con un valor diferente del que en realidad le correspondía, todo lo cual podía tener incidencia negativa no sólo a los fines de la declaración impositiva pertinente sino también respecto de la comisión de la infracción prevista en el art. 987 (tenencia de mercadería extranjera en plaza sin acreditación de su legítima introducción).

La nueva redacción del art. 225 cambia este panorama. En primer lugar se autoriza la rectificación siempre que, cumpliéndose la exigencia de que la misma surgiera del propio despacho o de la documentación complementaria, se formulara antes de que se hubiera dado a conocer que la declaración debe someterse al control

24. Allí se expresó que las declaraciones contenidas en las solicitudes de destinación de importación y de exportación son inalterables una vez registradas pero que las excepciones que se prevén en los artículos 224 y 321 del Código Aduanero admiten que se puede efectuar la rectificación bajo dos condiciones, que la inexactitud fuere comprobable de su simple lectura o de los documentos complementarios anexos a ella y que la rectificación se solicitare antes que la diferencia hubiere sido advertida por la Aduana, o que hubiere un principio de inspección aduanera o que se hubieren iniciado los actos preparatorios del despacho ordenado por el agente verificador. En este último sentido la Secretaría de Hacienda sostuvo que "los actos preparatorios del despacho ordenado por el agente verificador consisten en la orden de apertura de los bultos e inspección física de la mercadería, exigido, en su caso, por el verificador para disponer dicha apertura en forma apropiada"; agregando que "en consecuencia, hasta tanto se produzca la orden de apertura de los bultos e inspección física de la mercadería y de cumplirse con las demás condiciones que exigen los artículos 225 y 322 del Código Aduanero, corresponde autorizar la rectificación, modificación o ampliación de la declaración aduanera con independencia de que se le haya asignado a la operación un canal de selectividad, sea rojo o naranja". Concluía expresando que, por lo tanto, "no puede identificarse al inicio de los actos preparatorios del despacho ordenado por el agente verificador con la atribución del Canal Rojo o Naranja de Selectividad".

25. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Agencia Marítima Heilein S.A.", del 12 de mayo de 1992, revista La Ley 1992-D-134 y Cámara Nac. de Apelaciones en lo Federal Contencioso administrativo, Sala IV, en autos "Stolt Nielsen Arg. S.A." del 4 de noviembre de 1993, revista La Ley 1994-D-5.

documental (canal naranja) o a la verificación de la mercadería (canal rojo).

La asignación de canal se produce con el registro de la declaración como el primero de los pasos siguientes a la presentación de la misma, siendo que la infracción de declaración inexacta sólo procede respecto de declaraciones aduaneras registradas, pues hasta ese momento es revocable²⁶ lo que quita la ventaja de exención de pena que produciría la rectificación. Ante ello cabe tener en cuenta que, no obstante, ello permite efectuar la rectificación en los casos de canal verde que son la mayoría. En este caso si bien el apartado 1 dispone que se podrá efectuar la rectificación hasta el libramiento, el apartado 2 extiende este plazo conforme veremos. Por otra parte debe tenerse en cuenta que el momento en que se produce la asignación de canal no surge de la ley sino de la reglamentación que bien puede modificar ese momento en el futuro.

En el apartado 2 se permite la rectificación aun después de producido el libramiento, superando así los inconvenientes que mencionáramos al comienzo del Capítulo. Con esta nueva redacción se permite el sinceramiento de los errores, posibilitando rectificar las existencias tanto a los fines contables como impositivos, pues se admite que, aún cuando hubiera sido librada la mercadería, se autorizará la rectificación de la declaración si la solicitud se presentara dentro de los cinco días posteriores al libramiento y la inexactitud se acreditare debidamente ante el servicio aduanero.

Ello significa que aún cuando hubiere sido controlada y verificada la mercadería, la rectificación cabe igual si no se hubiera advertido la diferencia por parte del servicio aduanero. En este caso, para que la rectificación surta efectos debe hacerse dentro del plazo de cinco días, el cual se estimó prudencial para no dejar abierta esta posibilidad "sine die" y para permitir que la mercadería sea examinada por parte del importador a fin de tomar conciencia de los posibles errores en el envío del proveedor extranjero.

También se restringe el campo de la rectifi-

cación a la exigencia que se acredite debidamente ante el servicio aduanero la conexidad entre la mercadería hallada a la apertura de los bultos y la importada, lo que se entiende ya que, abriéndose el bulto en el local del importador sin la presencia de agente aduanero alguno, deben haber elementos que permitan descartar cualquier tipo de sustitución de mercadería en el ínterin.

La acreditación no es "a satisfacción" del servicio aduanero sino que se objetiva el recaudo al expresarse que sea "debida", lo que significa que debe haber un criterio razonable de apreciación en este punto. Consideramos que a ello ayudaría la inclusión de documentación que demuestre que la carga estaba destinada a otro adquirente o que hay similitud de la mercadería en cuanto a sus características hallándose nueva y sin uso, etc.

El art. 322, referido a la exportación, contempla un apartado 1 idéntico al previsto en el art. 225, previendo que la rectificación debe cumplir también con el recaudo que la inexactitud se compruebe de la lectura de la propia declaración o de su documentación complementaria y que hubiera sido solicitada antes que el servicio aduanero hubiera advertido la inexactitud o antes del libramiento si no hubiera habido control alguno. No obstante, el ap. 2 del art. 322 difiere del ap. 2 del artículo 225, en cuanto al tiempo dentro del cual se puede realizar la solicitud de rectificación en los casos en que se produjera con posterioridad al libramiento, estableciendo que se podrá admitir hasta que se produzca la carga a bordo del medio de transporte que fuere a partir con destino inmediato al exterior, si se utilizare la vía acuática o aérea, o hasta que el último control de frontera hubiere autorizado la salida del medio de transporte en caso de tratarse de vía terrestre. Ello obedece a que la validez de los actos para controlar la veracidad de las diferencias exigen que la aduana pueda ejercer su jurisdicción en el territorio aduanero nacional.

El apartado 3 del art. 322 mantiene el criterio contemplado en la redacción anterior en cuanto la rectificación es admisible en materia de

26. Enrique C. Barreira, "Código Aduanero. Comentarios, Antecedentes y Concordancias", Ed. Abeledo Perrot, Tomo II-A, comentario al art. 224.

exportación en todos los casos cuando la misma no configurare delito o infracción.

II.6. Eximente de pena en las declaraciones inexactas que son objeto de rectificación.

El art. 958 del Código Aduanero expresaba que cuando se hubiera previsto la dispensa del pago de tributos por las causales de siniestro, caso fortuito o fuerza mayor o rectificación de declaración debidamente justificada, las diferencias que fueren consecuencia de dichas causales no eran tomadas en consideración a los efectos punibles. De esta manera el Código apuntó a los casos contemplados en la parte operativa del mismo (arts. 141, 142, 150, 151, 156, 157, 163, 164, 179, 213, 225, 260, 261, 308, 314, 315, 322, 359, 360, 380 y 391).

Ello podía ser interpretado en el sentido que una rectificación de la declaración que no tuviera por efecto modificar en el caso concreto el tratamiento tributario aduanero de la destinación en cuestión, pero que sin embargo pudiera incidir en el mayor pago de estímulos a la exportación o en la transgresión a una prohibición (art. 954 ap. 1, inciso b), o pudiere implicar un ingreso o egreso de fondos distintos de los que correspondieran (art. 954 ap. 1, inciso c) podía ser punible pese a la rectificación. Esta interpretación era incorrecta, ya que en primer lugar, lo que la norma quería eliminar eran los efectos punibles en los casos en los que las causales indicadas tuvieran "la aptitud" de dispensar los tributos aun cuando en el caso concreto ellos no fueren de aplicación, y en segundo lugar porque esa interpretación hubiera significado extender

la inalterabilidad a los fines penales aun en caso de rectificación autorizada, lo que sería absurdo. No obstante, en atención a la existencia de varias interpretaciones fantasiosas que se venían dando en los últimos años, se consideró conveniente reafirmar el principio de exclusión de pena en los casos de rectificación, ya que los demás casos son excluyentes de la culpa, que en el Código argentino es el principio en el que reside la infracción aduanera²⁷.

II.7. La autodenuncia

La autodenuncia contemplada en el art. 917 del Código Aduanero como una manera de alentar el cumplimiento de la ley, premiando al infractor que se inclina ante ella, es una causal de atenuación de la pena, ordenando la reducción en un setenta y cinco por ciento (75%) del importe del mínimo de la multa aplicable.

Sus antecedentes se encuentran en los arts. 934²⁸, 980²⁹ y 981³⁰ de las Ordenanzas de Aduana de 1876, luego recogidos en la hoy derogada Ley de Aduana de acuerdo a la versión del art. 19 inciso d) de la ley 14.391, posteriormente modificado por la ley 17.586.

El art. 917 en su versión originaria limitaba el beneficio de la autodenuncia solamente a las infracciones de declaración inexacta, es decir las previstas en los artículos 954, 962 y 978 del Código Aduanero. Una notable mejora que aporta la reforma es que extiende este beneficio a todo tipo de infracción aduanera.

La versión originaria admitía la autodenuncia con la condición de que la misma se formulara con anterioridad a la producción de cualquiera de los hechos que ya indicáramos para

27. Enrique C. Barreira y Héctor Guillermo Vidal Albarracín, "La responsabilidad en las infracciones aduaneras", revista La Ley 1989-A, pags. 928 a 932. Allí hemos sostenido que la configuración de la infracción aduanera requiere un mínimo de culpa (pag. 944).

28. El art. 934 de las Ordenanzas establecía: "Cuando el interesado antes de que haya habido algún principio de verificación del manifiesto, haga presente al Vista tener un error de menos manifestación, se le conmutará la pena de comiso que establece el art. 930, por el pago de dobles derechos..."

29. El art. 980 de las Ordenanzas establecía: "Siempre que los interesados adviertan el error que han cometido en la copia de factura para depósito, o en cualquiera de los despachos de efectos depositado, se les conmutará la pena de comiso por las de dobles derechos..."

30. El art. 981 de las Ordenanzas establecía: "Sólo tendrá lugar la conmutación de la pena de que habla el art. anterior cuando se advierta el error antes de haberse encontrado por la Aduana y antes de que haya tenido lugar algún principio de verificación del despacho en que se halle".

la rectificación³¹; es decir antes que el servicio aduanero hubiera advertido por cualquier medio la referida declaración inexacta, o a que hubiere un principio de inspección aduanera o, finalmente, antes que se hubieren iniciado los actos preparatorios del despacho ordenados por el agente verificador. Remitimos a lo que ya dijéramos al tratar la rectificación, respecto de la interpretación que se daba a cada uno de estos hechos.

Pero, a diferencia de la rectificación contemplada en los arts. 225 y 322, el instituto de la autodenuncia (en el caso de las infracciones de declaración inexacta) no requiere que la diferencia surja de la propia solicitud de destinación o de la documentación complementaria. De tal manera, en los casos en los cuales la diferencia quisiera ponerse de resalto por el propio declarante y ella no surgiera de la propia declaración, no puede tener lugar la rectificación con los efectos plenos que borren todo vestigio de pretensión tributaria o sancionatoria de la aduana, sino que, por el contrario, la infracción se habría tipificado quedándole como recurso al declarante, hacer uso de la autodenuncia a fin de pagar la multa que correspondiere pero con una disminución en el 75% del mínimo aplicable. En caso de encuadrar la autodenuncia en la hipótesis descrita en el art. 917 no se abre el sumario, se dispone la rectificación y se aplica la sanción antes mencionada.

En la redacción anterior se decía que la autodenuncia establecía una reducción del mínimo de la multa pero, en realidad, no decía que no se podía aplicar una multa superior a ese mínimo. Si bien la intención del legislador era que la multa aplicable no pudiera superar ese mínimo reducido y así fue siempre interpretado, en esta oportunidad el legislador consideró conveniente aclarar que la aduana, sin abrir sumario, "aplicará dicha sanción" y no otra.

La novedad más importante radica en que la reducción de la pena procede aún cuando se hiciera la comunicación después del libramiento de la mercadería. No obstante se hace la

salvedad de que para ello no debe haber en curso un proceso de inspección aduanera o impositiva y que el servicio aduanero pudiere constatar la inexactitud delegando en la reglamentación los plazos y las formalidades exigidas para esta constatación. Consideramos que la ley se está refiriendo a los casos en que la importadora hubiera recibido una inspección "ex post facto", es decir posterior a la comisión de la infracción y que se halle en curso en el momento de presentarse la autodenuncia. Nos parece obvio que si la inspección es anterior a la infracción, el infractor no se va a sentir tentado de cometerla para ser descubierto en el transcurso de la misma: En vez, si cobraría relevancia si luego de producida la comisión de la infracción se iniciara un proceso de inspección aduanera o impositiva que pusiera en peligro de ser descubierta la infracción.

No obstante, quedan igualmente dudas acerca del tipo de inspección a la cual se refiere la ley; es decir, si se refiere a una inspección integral o sólo a la relacionada con la operación o el tipo de operaciones en las cuales se habría producido la infracción, o a cualquier inspección a la firma, o sólo las referidas a un impuesto que tenga que ver con la importación, etcétera. Esto da lugar a una peligrosa discrecionalidad a la hora de la reglamentación, lo que puede cercenar gran parte de la finalidad que se tuvo en mira con este artículo; por lo tanto, tanto quienes redacten la reglamentación como los jueces, deberán ser cuidadosos.

Teniendo en cuenta que hay infracciones que se cometen por el incumplimiento de los deberes del administrado dentro de determinados plazos tales como la obligación de reexportar la mercadería temporariamente importada (arts 274 ap. 1, inc a; 370 ap. 1, inciso a; 970 y 972 ap. 2) o de reimportar la mercadería temporariamente exportada, la autodenuncia en esos casos no se considera válida ya que el mero incumplimiento de los plazos es manifiesto sin necesidad de la colaboración del infractor.

31. La norma aquella tomó estos recaudos del instituto de la autodenuncia.

III. LA ELIMINACIÓN DEL EFECTO SUSPENSIVO DE LA IMPUGNACIÓN EN LOS CASOS DEL ART. 1053, INCISOS B) Y E) DEL CÓDIGO ADUANERO

"La Constitución Argentina no debe limitarse a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes y todos los reglamentos coloniales... que hacen ilusorio este derecho... Nuestro derecho colonial no tenía por principal objeto garantizar la propiedad del individuo sino la propiedad del fisco. Las colonias españolas eran formadas para el fisco, no el fisco para las colonias".

JUAN BAUTISTA ALBERDI³²

III.1. La vía impugnatoria y la razón por la cual se le otorgó efecto suspensivo a los casos contemplados en los incisos b) y e) del art. 1053

A los fines de obtener la tutela de los derechos del administrado el derecho administrativo distingue dos vías distintas: por un lado la "vía impugnatoria" (recursiva), que tiende a tutelar la pretensión del particular consistente exclusivamente en la revocación (si es en sede administrativa) o anulación (si en sede judicial) de un acto administrativo particular o general y se viabiliza a través de una acción (o recurso) que debe interponerse dentro de un plazo exiguo. Por otro lado, la "vía de reclamo" (reparatoria), que no pretende eliminar un acto administrativo del mundo jurídico, sino que reclama del Estado una determinada conducta de hacer o de no hacer tiende a satisfacer otro tipo de pretensión, en cuyo caso la acción podrá plantearse

durante todo el plazo de prescripción que fije la ley³³.

El Código Aduanero en su art. 1053 introdujo en el ámbito aduanero el primero de los procedimientos antes mencionados, a fin que el administrado pudiera hacer valer la invalidez del acto administrativo posibilitando que el propio servicio aduanero lo revoque. Según la Exposición de Motivos que acompañó el proyecto de ley, a través de esta vía recursiva se unificó la mayor parte de las controversias que pudieran suscitarse en materia aduanera, muchas de las cuales no contaban con reglas adecuadas para su solución.

El escrito de impugnación debe presentarse ante la oficina aduanera de la que emanare el acto impugnado, la que de inmediato debe elevar las actuaciones al administrador. Puede ser que éste deba resolver la disputa contra un acto del inferior jerárquico en cuyo caso este procedimiento podrá caracterizarse como un recurso en el sentido estricto del término; pero en otras oportunidades el acto emanará del propio administrador, en cuyo caso este funcionario deberá resolver sobre su propia decisión, adoptando esta vía las características de una reconsideración, por lo que no puede encuadrarse como un recurso en el sentido estricto del vocablo, aunque se lo suele denominar de esa manera en virtud del significado lato que se le suele dar a esta palabra.

En seis incisos el artículo menciona diversos tipos de actos administrativos dictados por el servicio aduanero susceptibles de ser impugnados por esta vía, el último de los cuales contempla de manera residual y genérica (comprensiva de los supuestos anteriores), cualquier disputa que afectare derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados que no estuviere contemplada en otro procedimiento.

32. Juan Bautista Alberdi, "Bases y Puntos de Partida para la Organización política de la República Argentina", Capítulo XVIII.

33. Héctor A. Mairal, "Control judicial de la Administración Pública", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen I, §§ 201 y 238, pags. 316 y 388. Este autor sostiene que las dudas aparecen cuando el acto administrativo es parte de una controversia mas compleja y la pretensión de anulación está complementada con otras acciones de diferente naturaleza. Añade que este conflicto estaba resuelto en el art. 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en el cual se exigía la vía del reclamo "salvo cuando se tratase de impugnación de actos administrativos de alcance individual o general" (la ley 25.344 cambió estas palabras por "salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24" con lo que el concepto no cambió) por lo que cuando hay un acto administrativo es procedente la vía impugnatoria de los arts. 23 y 24 y consiguientemente el plazo de caducidad del art. 25 del mismo ordenamiento.

El inciso a) se refiere a la impugnación de los actos administrativos de determinación tributaria aduanera (cuya última etapa consiste en la liquidación de los derechos de aduana y demás tributos), excluyendo la liquidación que surgiera de un sumario por infracción aduanera; el inciso b) permite impugnar el acto que intimare la restitución de los importes abonados por el servicio aduanero en concepto de estímulos a la exportación; el inciso c) la impugnación contra actos de aplicación de prohibiciones a la importación o a la exportación; el inciso d) la intentada contra el acto que denegare el pago de los estímulos a la exportación; el inciso e) la impugnación del acto que aplicare multas automáticas y, por último, el inciso f) contempla, como hemos dicho antes, la impugnación contra otro tipo de actos que afecten derechos o intereses legítimos del impugnante³⁴.

El art. 1058 del Código Aduanero originario dispuso que *"la interposición de la impugnación tendrá efecto suspensivo si el acto de que se tratare fuere cualquiera de los enunciados de los enumerados en el artículo 1053, incisos*

a), b) o e)". De tal manera quienes redactaron el Código hicieron una clara discriminación entre los diversos supuestos, excluyendo especialmente del efecto suspensivo los casos de impugnaciones que pretendieran evitar prohibiciones y que procuraren el pago de los estímulos a la exportación³⁵. La razón es que en estos casos, suspender el acto que aplica la prohibición hubiera implicado permitir la importación o la exportación de mercaderías que no pudieron haber ingresado o salido, respectivamente, abonar el importe denegado, hubiera implicado conceder de antemano el objeto mismo de lo que se está controvirtiendo. En cuanto al inciso f) porque se siguió el principio general contemplado en el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la presunción de legitimidad del acto administrativo y su consecuencia, el principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

La redacción originaria del art. 1058 intentó evitar que el exportador y, en mayor medida el importador que tramita el despacho con la mercadería ya en poder de la Aduana, pudieran ser

34. De conformidad con el art. 463 del Código Aduanero, los actos administrativos que deniegan el régimen de garantía, fija el importe de la misma o determina su forma es impugnabile a través de este inciso f). Dada la importancia que el régimen de garantía junto con el efecto suspensivo de la impugnación poseen a los fines de no entorpecer el comercio internacional, el Anteproyecto de modificaciones del Código Aduanero elaborado por el Sector privado (ver Capítulo I de este trabajo) disponía la modificación del art. 463 y de sus concordante, art. 459. En los fundamentos se expresa: *"... se recomienda incluir en el art. 459 la necesidad de que la decisión que concediere o denegare el otorgamiento del régimen de garantía se dicte dentro del plazo de dos días"*. Añadiendo más adelante: *"Por otra parte, resulta ineficaz la solución que actualmente brinda el artículo 463 del Código Aduanero, ya que sostiene que ante la denegación del otorgamiento del régimen de garantía o contra la decisión que fijare el importe o determinare su forma, el afectado sólo puede plantear el procedimiento de impugnación contemplado en el art. 1053 y siguientes del Código Aduanero que, como es sabido, requiere de varios meses de sustanciación haciendo ilusorios los fines perseguidos respecto a la celeridad en el comercio. En virtud de ello, para afinar el sistema de equidad en materia operativa aduanera y alejar la posibilidad de abusos en el ejercicio de la discrecionalidad de los funcionarios, es conveniente modificar el art. 463, estableciendo que contra la resolución que denegare el otorgamiento del régimen de garantía, fijare su importe o determinare su forma, contra la que exigiere la constitución de una garantía o, en los casos en que el servicio aduanero no se expidiera dentro del plazo previsto para ello, se pueda interponer demanda ante la justicia o recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Con el objeto de dar un cauce en el procedimiento al recurso antes mencionado, es necesario modificar el artículo 1024 otorgando competencia a los jueces nacionales en lo Contencioso Administrativo y, en el interior del país, a los jueces federales para resolver en los supuestos de retardo por falta de decisión de la autoridad aduanera en los casos previstos en el art. 1132, apartado 3. De manera concordante, se propone la incorporación de dos apartados al artículo 1132 (competencia del Tribunal Fiscal y del juez federal competente) y de un nuevo inciso f) al artículo 1025 (competencia del Tribunal Fiscal), que permitan la interposición de demanda ante el juez competente o, en forma optativa y excluyente, recurso de apelación o demanda ante el Tribunal Fiscal, contra la falta de decisión respecto de la solicitud de otorgamiento de dicho régimen dentro del plazo previsto para ello o la decisión que denegare el otorgamiento del régimen de garantía o bien contra la decisión que fijare un importe o determinare una forma distinta de la que correspondiere, de conformidad con este Código; aclarando que si se optare por la acción judicial, ésta podrá tramitarse por el procedimiento sumarísimo contemplado en el art. 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"*.

35. No se debe confundir este supuesto con el del reclamo de la aduana para que el exportador devuelva los estímulos cobrados, el análisis de este último caso lo hacemos en otra parte de este mismo trabajo.

objeto de requerimientos indebidos por parte de funcionarios venales, a cambio de no dictar actos administrativos arbitrarios cuya impugnación no impidiera su ejecución y consecuente perjuicio irreparable. Ello se enmarcó en la clara intención del legislador de robustecer los institutos de la impugnación con efecto suspensivo (art. 1058) y el régimen de garantía (art. 453) como columnas vertebrales de la defensa del administrado ante la posible arbitrariedad de algún agente aduanero.

Lamentablemente, la ley 25.986 ha dado un enorme paso atrás al derogar del Código el efecto suspensivo en las impugnaciones, especialmente contra los actos que reclaman la devolución de los estímulos a la exportación ya pagados por el servicio aduanero. Con ello ha generado una situación que facilitará la corrupción.

III.2. El efecto suspensivo de la impugnación contra los actos que reclaman la restitución de los estímulos a la exportación ya abonados por el servicio aduanero

En esta materia debe tenerse presente que el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos fue oportunamente contemplado por el legislador en la redacción originaria e hizo una selección de los casos en los cuales decidió no aplicarlo en razón de las características de cada caso. Tanto en materia impositiva (en la ley 11.683), como en el ámbito tributario aduanero (Código Aduanero), el principio del "solvo et repete" había perdido su vigencia, pues dichos ordenamientos establecieron justamente el principio de no ejecutoriedad en materia tributaria en la medida en que las actuaciones se encontraran en sede administrativa.

Ante las argumentaciones vertidas en algún dictamen interno de la AFIP en el sentido que la eliminación del efecto suspensivo de la impugnación para los casos contemplados en los incisos b) y e) del art. 1053 se debía a la necesidad

de acelerar los trámites de cobro del fisco, cabe tener en cuenta que ello no es equitativo si no se aceleran también los trámites tendientes a la devolución de los tributos que el estado adeuda a los importadores y exportadores.

Pero, además, este argumento suena inconsistente porque, en primer lugar, nada se hizo para acelerar los procedimientos de impugnación que desde hace muchos años reconocen una escandalosa morosidad en sede aduanera y en segundo lugar, la agilización del trámite de cobro depende de la rapidez que el propio servicio aduanero imprima al procedimiento de impugnación, pues no debe olvidarse que el efecto suspensivo es solamente durante el período en el cual la tramitación no hubiera aún pasado al ámbito del poder judicial.

No se trata, pues, de una situación de impotencia que deba padecer la aduana como resultado de tener que tolerar la demora de la justicia. Aquí es el propio Estado quien desempeña el papel de juez administrativo y únicamente de él depende resolver rápidamente la controversia sin desmedro del principio de legalidad objetiva (que lamentablemente se ve últimamente doblegado por el peso de un inmoral argumento de urgencia fiscal), dictando resolución definitiva que, de ser contraria al administrado, podrá ejecutar sin demora.

A ello cabe agregar que el pago de los estímulos a la exportación no es automático. A diferencia de lo que sucede en los tributos cuya impugnación mantiene el efecto suspensivo, en estos casos la aduana ha recibido un pedido de liquidación de estímulos, ha analizado su procedencia y ha ordenado y efectivizado su pago o acreditación. En otras palabras, nos hallamos ante un acto emitido de acuerdo a un procedimiento que asegura la correcta voluntad de la administración, lo que convierte a éste en un acto administrativo regular³⁶. Además, el mismo ha sido consentido y, por lo tanto se encuentra firme³⁷. Por último, ha generado derechos adquiridos a favor del exportador que ha incorporado

36. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "S.R.L. María Guerrero e hijos" del 27 de mayo de 1964 (Fallos: 258:299) expresó que el acto regular requiere del cumplimiento de los recaudos externos de validez (forma y competencia) y además, la ausencia de error grave de derecho.

37. En realidad la exigencia de que el acto esté firme comprende a nuestro entender, el caso en que el mismo se encuentre consentido.

esos importes a su patrimonio. Por ello, el acto que ordena la restitución del estímulo ya abonado consiste en la revocación de un acto administrativo previo que cumple con todos los requisitos que le otorgan "estabilidad" al acto administrativo en los términos del art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos³⁸, la cual contempló para estos casos la necesidad de una revocación judicial por la vía de la acción de lesividad. Por lo tanto, lejos de alinearse con los principios generales del derecho administrativo, esta reforma los violenta.

El Código Aduanero, como en otras instituciones procuró establecer, en materia de restitución de estímulos indebidamente percibidos, un equilibrio entre las facultades del control aduanero y el derecho a la seguridad jurídica de los operadores del comercio exterior sometidos a dicho control, pues si bien autorizó a la aduana a intimar la restitución de los importes que se hubieren pagado indebidamente en concepto de estímulos a la exportación sin necesidad de recurrir a la justicia (arts. 845 a 855), restringió esa facultad no haciendo ejecutable el cargo correspondiente mientras el administrado no hubiera tenido oportunidad de discutir su procedencia por la vía de la impugnación (art. 1058). Al eliminar esta valla la ley ha desequilibrado el sistema convirtiéndolo no sólo en inconveniente, sino en arbitrario.

La modificación contraría el principio de legítima confianza según el cual el Estado tiene la obligación de asumir una conducta coherente con sus actos o conductas anteriores de manera de no generar entre los particulares incertidumbre en cuanto a las pautas o criterios que los poderes del Estado asumirán en el futuro. Esta legítima confianza no es respetada si se revén las conductas o decisiones asumidas anterior-

mente perjudicando las normales expectativas que la acción del Estado ha generado entre los administrados a quienes va dirigida la actividad estatal³⁹.

Debe tenerse presente que el efecto suspensivo ahora abrogado no perjudica al servicio aduanero pues, de acuerdo a lo previsto en los artículos 846 y concordantes, la impugnación no suspende el curso de los intereses que, como todos sabemos son sumamente crecidos cuando el acreedor es el Fisco, a lo que cabe agregar que nada le impedía solicitar una medida cautelar ante el juez competente para resguardar sus derechos, en el caso en que considerara que el exportador en cuestión no fuera solvente o estuviera en vías de insolvencia.

Queda demostrado, así, que los argumentos que pretenden sustentar la ejecutoriedad del acto que revoca uno anterior que generó derechos subjetivos a favor del administrado son opuestos a los principios generales del derecho administrativo, desconociéndose, además, no sólo los principios de buena fe y de legítima confianza, sino lesionando severamente las reglas del debido proceso, del derecho de propiedad, de la división de poderes⁴⁰ y de la seguridad jurídica; todos ellos valores amparados por la Constitución Nacional.

III.3. El efecto suspensivo de la impugnación contra las multas automáticas

La otra mutilación practicada en el art. 1058 se refiere al supuesto de la aplicación de las multas automáticas contempladas en los artículos 218, 220, 222, 320 y 395 del Código Aduanero.

Desde hace ya varios años la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema viene diciendo que las infracciones aduaneras poseen naturaleza pe-

38. El párrafo primero del art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece: "El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado".

39. El principio de la legítima confianza ha sido reconocido por los tribunales federales de nuestro país; al respecto ver el fallo de la Cámara Federal en lo Contencioso administrativo, por su Sala I, recaído el 14 de octubre de 1997 en autos "I.B.M. Argentina S.A. c/ A.N.A.", causa N° 52.797/95, en el cual se considera que el referido principio descansa en la seguridad jurídica a la cual le otorga rango de valor constitucional según lo expresara en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos; 243:465; 251:78; 252:134 y otros.

40. Alberto B. Bianchi, "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?", en la obra "Proceso administrativo y constitucional" escrito en coautoría con Guido S. Tawil, Buenos Aires, 1993.

nal⁴¹. El último párrafo del art. 893 del Código Aduanero, aplica este criterio a las multas automáticas al expresar que mantienen la naturaleza jurídica de penas pese a que se aplique un procedimiento distinto para su juzgamiento, por lo que su ejecución antes de que recaiga decisión en la contienda invertiría el principio de inocencia y sería contradictorio con los precedentes jurisprudenciales de la justicia federal en la materia conforme con el cual el carácter de infracción, no de delito, no obsta a la aplicación de las normas generales del Código Penal.

En sentido concordante debe tenerse en cuenta que el art. 861 considera aplicable supletoriamente las disposiciones generales del Código Penal. En consecuencia la norma sería de dudosa constitucionalidad.

III.4. La aplicación de la eliminación del efecto suspensivo de la impugnación a los casos que se hallan en trámite

Cabe preguntarse si las nuevas normas son aplicables a los casos en los cuales ya se hubiera planteado la impugnación y, por ende, si en estos casos el servicio aduanero puede ejecutar el crédito pretendido, procediendo al embargo de la mercadería que el administrado tuviera en zona primaria aduanera y suspendiéndolo en los registros en los que estuviere inscripto.

El art. 3 del Código Civil indica que las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, por lo en una primera apreciación pareciera que la eliminación del efecto suspensivo debería aplicarse a partir del 14 de enero de 2005 a todas las impugnaciones entabladas en los términos de los incisos b) y e) del art. 1053, pero ello

no es tan así.

En lo que respecta a las multas automáticas, tratándose como hemos visto de normas de naturaleza penal, rige el principio de la ley penal mas benigna (arts. 893 segunda parte y 899 del Código Aduanero) y ello alcanza a las normas que agraven la situación del imputado.

En lo que respecta a la devolución de los estímulos a la exportación pareciera que la entrada en vigencia alcanzaría aun a los casos que se encuentran en trámite. Partiendo de la base que la norma jurídica contempla un presupuesto de hecho al cual se vincula una consecuencia jurídica, en el caso tenemos un presupuesto de hecho cumplido y que ha dado lugar a una consecuencia planteada por la ley. El problema que nos ocupa se limita a establecer como juega esta consecuencia jurídica en relación con el tiempo.

Son retroactivas las leyes que vuelven sobre las consecuencias jurídicas "ya cumplidas" bajo el imperio de la ley anterior, pero si rigen para las consecuencias aun no cumplidas, que están aun pendientes de producción, estas leyes no son retroactivas sino de aplicación inmediata (aunque, como hemos visto, el presupuesto de hecho ya existiera desde antes)⁴². Por ello cabe considerar que en los reclamos de devolución de estímulos a la exportación ya abonados, habría aplicación inmediata del efecto devolutivo de la impugnación.

Ello, no empece a que constituyendo la ley una grosera violación constitucional, no quepa una medida cautelar autónoma (en este caso más que justificada) para que un juez decrete la suspensión mientras tramita la impugnación en sede administrativa. Ello porque ni bien profundizamos el tema vemos que el efecto suspensivo pre-

41. El primero de esos fallos recayó en autos "*Compañía Swift c/ Gobierno Nacional*" del 15 de noviembre de 1929 en el cual expresó que las decisiones de los funcionarios aduaneros son de dos clases: de carácter meramente administrativo o de naturaleza penal dando en este último caso a los sumarios previstos en los entonces vigentes artículos 1053, 1054 y 1055 de las Ordenanzas de Aduana. El criterio de la Corte cambió y luego volvió al anterior en autos "*Wolczanski, Hersch*" del 15 de mayo de 1967 (Fallos 267:457). "*Pastorino, Alberto*" del 5 de noviembre de 1969 (LL 139:838); "*Guillermo Mirás S.A.C.I.F.c/ Aduana*" del 18 de octubre de 1973 (Fallos 287:76) y muchos otros (sobre la variación del criterio referido, ver Enrique C. Barreira y Héctor G. Vidal Albarracín, "*La responsabilidad en las infracciones aduaneras*", revista *La Ley* Tomo 1989-A, paginas 926 a 932). La Corte reconoció a partir de esos fallos la naturaleza penal de las infracciones impositivas en autos "*Citrex S.A.*" del 14 de agosto de 1986 (Fallos: 308:1224).

42. A estas dos categorías cabe añadir el caso de las leyes de "aplicación diferida" que rigen sólo para las relaciones jurídicas que se constituyeran con posterioridad a la entrada en vigencia de las mismas.

visto en el anterior art. 1058 para estos casos era integrador del derecho adquirido por el exportador que había recibido el importe de la aduana luego de solicitado, examinada por la aduana su procedencia y concedido, pagado y cobrado, y que el efecto suspensivo tendía a que el reclamo previsto en el art. 845 del Código Aduanero no violentara la atribución de facultades judiciales al Poder Ejecutivo, lo que hubiera existido si pudiera, como lo pretende establecer la nueva ley ahora, revocar sus anteriores actos para quitar la propiedad adquirida por el exportador de conformidad con un acto regular.

Por ello, el efecto suspensivo de la impugnación, al ser un instrumento tendiente a poner en efecto la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional y permitir la armonización del art. 845 del Código Aduanero con el art. 109 de dicha carta magna, que de lo contrario estará siendo violado, ha llevado al anterior art. 1058 al rango de reglamentación del art. 17 de la Constitución en este aspecto.

IV. LA DECLARACION INFORMATICA DE LOS ESTÍMULOS A LA EXPORTACIÓN Y LA PROHIBICIÓN DE GARANTIZAR SU COBRO EN CASOS CONTROVERTIDOS

El art. 455 del Código Aduanero dispone las formas en que el interesado puede constituir la garantía autorizada en los casos contemplados en el art. 453 del mismo ordenamiento, exigiendo que el importe y la solvencia de la garantía sean satisfactorios por el servicio aduanero.

La ley 25.986 incorpora un nuevo párrafo al referido art. 455 disponiendo que la constitución, ampliación, modificación, sustitución y cancelación de la garantía se podrá efectuar por medios electrónicos o magnéticos que aseguren razonablemente la autoría e inalterabilidad de las mismas. Ello coincide con la introducción del medio informático en los trámites aduaneros, que se ve reflejado en los nuevos arts. 234 y 332.

La norma se preocupa por la acreditación de la autoría de quien figura constituyendo la garantía, que es un elemento probatorio esencial

al momento de querer efectivizarla. También procura que la garantía otorgada no pueda ser objeto de alteraciones en relación con lo que fue materia de compromiso.

Desde otro punto de vista, el art. 458 del Código Aduanero establece los casos en que el régimen de garantía no puede ser utilizado. Estos son casos que en principio encuadrarían en los supuestos contemplados en el art. 453 pero que por las particularidades que lo rodean han sido exceptuados de este beneficio. No obstante, la ley 25.986 introduce un inciso e) mediante el cual no se permite el régimen de garantía cuando se relacionare con la percepción de estímulos a la exportación vinculada a un proceso judicial o sumario administrativo pendiente de resolución, supuesto que no está contemplado en el art. 453.

Esta modificación seguramente ha tenido en mente desautorizar una resolución de la entonces Administración Nacional de Aduanas que había contemplado el cobro de estímulos a la exportación en casos en que se hubieran cuestionado la procedencia de los estímulos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 453 no contemplaba el régimen de garantía para obtener el pago de los estímulos a la exportación cuando los mismos estuvieren cuestionados, por lo que dicha resolución carecía de sustento legal. Recordemos que los incisos k) y l) del art. 453 sólo preveían el cobro anticipado de estos estímulos pero no el caso en que hubiere una controversia relativa a los mismos, por lo que el Código Aduanero en su redacción no consideró necesario la inclusión de una norma como la que ahora se establece, que a nuestro juicio era innecesaria.

V. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN FISCAL DE LA LEY 11.683 EN LA MATERIA ADUANERA

La ley 25.986 sustituyó el artículo 1126 del Código Aduanero referido al procedimiento de ejecución, el cual disponía que: "*La ejecución judicial prevista en el art. 1125 se regirá por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación relativas al proceso de eje-*

cución fiscal". Estas últimas se encontraban en sus artículos 604 y 605.

El nuevo texto dispone: "*La ejecución judicial prevista en el artículo 25 tramitará por el procedimiento y demás modalidades establecidas en la Ley de Procedimiento Tributario. Las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultarán de aplicación supletoria exclusivamente en los aspectos no reglados o contemplados en aquélla o en este Código*".

El texto remite al art. 25 en vez de hacerlo al art. 1125 como lo hacía antes. No obstante, esa referencia es un error tipográfico ya que, en primer lugar, la remisión al artículo 25 es imposible pues el mismo fue derogado por el art. 20 del Decreto de necesidad y Urgencia N° 618/97 y en segundo lugar, porque el art. 25 no hacía referencia a la ejecución judicial. La intención del legislador fue sin duda la de mantener la remisión anterior al art. 1125 ya que es ésta norma la que hace referencia al trámite de ejecución judicial de que se trata.

Es imposible entender el trámite de la ejecución judicial de los créditos aduaneros si no hacemos una lectura detenida del art. 1125, que es clave para entender el sistema. Su lectura nos enseña que hay dos etapas en el procedimiento de ejecución que el Código trata en los arts. 1122 a 1128: una es la ejecución administrativa y la otra es la ejecución judicial. Lo importante es que el Código no admite el paso a la segunda etapa sin agotar la primera. La idea de la ley es evitar que el deudor, garante o responsable de la deuda se vea trabado innecesariamente en la libre disposición de sus bienes causándole un perjuicio inútil, pues el objeto de la ley es asegurar

el cumplimiento de la sentencia que en definitiva recayere y no infligir presión para coaccionar psicológicamente al pago⁴³.

El primer paso es la ejecución administrativa que se inicia una vez que han transcurrido quince días (hábiles conforme el art. 1007), desde que quedó ejecutoriado el acto de liquidación⁴⁴. A partir de ese momento el servicio aduanero está habilitado a suspender en el registro al deudor o responsable inscripto en algunas de las matrículas que se encuentran bajo su control (importadores, exportadores, despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero etcétera), a suspender el libramiento y a embargar la mercadería que se hallare en jurisdicción aduanera a nombre, por cuenta o que fuere de propiedad de los deudores, garantes o responsables de la deuda.

Cumplidas dichas medidas la aduana someterá esa mercadería al régimen de venta forzada por oferta bajo sobre o subasta pública (arts. 419 a 428 con las modificaciones introducidas por la ley 25.603 y de esta misma ley 25.986) y se cobrará del producido de esas ventas. De tal manera, el art. 1125 habilita la ejecución judicial sólo cuando: a) no se localizare mercadería a nombre, por cuenta o que fuere de propiedad de los deudores, garantes y demás responsables dentro de la jurisdicción aduanera; o b) estos últimos no hubieran informado dentro de los quince días de quedar ejecutoriada la deuda sobre la existencia de mercadería que se encontrare en esas condiciones; o c) la mercadería que hubiera sido localizada en esas condiciones no fuera suficiente para cubrir el importe adeudado. Por lo tanto, pese a la modificación del art. 1126, debemos dar gracias que, al menos, se ha mantenido algo de racionalidad al mantener el

43. Es un principio general que las medidas cautelares para asegurar el cobro no deben extremarse al punto de perjudicar innecesariamente al deudor. Este criterio está reconocido en el Código Procesal de la Nación (arts. 203, 204, 205 y 206) así como en la mayoría de los códigos procesales de las Provincias que, como sabemos son de aplicación en materia de derecho público. En el fondo de estas disposiciones subyace el principio general de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Estos principios se aplicaban en materia aduanera desde hace mucho tiempo. El agotamiento de la ejecución sobre los bienes del deudor o responsable que la aduana retuviere en zona primaria, como paso previo a la ejecución judicial de otros bienes, se hallaba ya en las antiguas Ordenanzas de Aduana de 1876 (art. 175 de la Ley 810).

44. La sentencia o resolución "ejecutoriada" es la que puede ser ejecutada aun cuando esté pendiente un recurso, por lo que si bien toda sentencia o resolución "firme" es ejecutoriada, no sucede lo mismo a la inversa, pues puede ser que el recurso se haya planteado pero que pese a ello la sentencia o recurso pueda mientras tanto ser igualmente ejecutada. Tal es el caso de la sentencia condenatoria del Tribunal Fiscal que permite su ejecución pese a que el administrado hubiera planteado recurso ante la Cámara Federal. La palabra proviene del latín "ejecutori" vocablo con el cual se designaba el documento librado por el tribunal en el cual constaba la sentencia y que habilitaba la ejecución forzada de la misma.

principio contemplado en el art. 1125 que no habilita la instancia judicial hasta no agotar la previa ejecución administrativa de la mercadería, sobre la cual el servicio aduanero posee derecho de retención (art. 997 último párrafo).

La aplicación de las irritantes normas contempladas en el art. 92 de la Ley 11.683 (introducido por el art. 18 apartado 5 de la ley 25.239 del año 1999) al ámbito aduanero resultan así abusivas, pues el sistema aduanero ya posee un severo y eficaz sistema de ejecución que hace innecesario recurrir a un régimen que conculca claros principios constitucionales como veremos. El Código otorga al servicio aduanero medios de los cuales carecen los órganos de recaudación de tributos interiores. Además de la posibilidad de detención y ejecución de la mercadería del deudor, garante o responsable que se encuentre en zona primaria, la aduana posee derecho de retención y privilegio sobre la misma, a punto de quedar excluida de la quiebra del deudor (arts. 997 a 1000). En forma adicional la aduana posee la poderosa facultad de suspender a los deudores o responsables en su actividad de importación o exportación (art. 1122 inciso c). Recordemos que los importadores y exportadores deben estar obligatoriamente re-

gistrados ante la Aduana (art. 92). Y que éstos regularmente son los que realizan el hecho gravado por los derechos de aduana (conforme el juego de los arts. 91, 635, 724 y 777 del Código Aduanero). Esta inscripción obligatoria y las limitaciones a la cantidad de importadores y exportadores que causa esta exigencia facilita su control⁴⁵, por lo que una vez detectada la morosidad, la amenaza de suspensión implica para el comerciante, en la práctica, un grave perjuicio para su operatoria comercial⁴⁶.

El art. 1126 del Código Aduanero originario disponía la aplicación del régimen del art. 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, conforme con el cual, la ejecución fiscal tramita conforme a las reglas que establecieren la ley que específicamente regula la materia impositiva y, a falta de ellas las que se indican en el Código Procesal. Esto permitía una mayor defensa de los derechos del administrado, sobre todo en un juicio ejecutivo, fue borrado por la nueva ley, con lo que se obtuvo mayor rapidez a costa de mayor indefensión. La ley 25.239 que introdujo un nuevo art. 92 en la ley 11.683, eliminó en sus quince párrafos gran parte de las excepciones y defensas que existían en el texto anterior⁴⁷. Esta ley al introducirse en materia

45. El Decreto 971/03, dictado aduciendo cuestionables razones de necesidad y urgencia, procuró restaurar con algunas alteraciones, las exigencias que antes establecía el art. 94 del Código Aduanero para inscribirse como importador y exportador. No obstante, al momento en que esto se escribe, pese a haber transcurrido más de dos años, el mismo no entró aun en vigencia, por lo que sigue aceptándose la mera inscripción de los importadores y exportadores con la CUIT, que es un documento fácil de obtener.

46. El Decreto de Desregulación (decreto de necesidad y urgencia 2284/91) eliminó la necesidad de cumplir con los requisitos exigidos por el art. 94 del Código Aduanero para actuar como importador o exportador, que implicaba un garantía de solvencia no sólo patrimonial sino de antecedentes de conducta. Esta eliminación posibilitó la inscripción con la sola presentación de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) generando una oleada de inscripciones de personas y sociedades que carecían de solvencia profesional y seriedad comercial, lo que desembocó en un incremento de fraudes que quedaban impunes al descubrirse que los administradores de esas empresas eran personas físicas que no tenían paradero conocido, eran "hombre de paja" o estaban prófugas por la comisión de otros delitos. Ello sirvió de pretexto para absorber al servicio aduanero como parte de un organismo recaudatorio, lo que culminó con el decreto 618/97 que absorbió a la Aduana y a la DGI en un solo organismo, pese a las marcadas diferencias funcionales de ambos organismos.

47. El extenso art. 92 de la Ley 11.683, con las modificaciones de la ley 25.239 establece, en quince párrafos, lo siguiente: "El cobro judicial de los tributos, pagos a cuenta, anticipos, accesorios, actualizaciones, multas ejecutoriadas, intereses u otras cargas cuya aplicación, fiscalización o percepción esté a cargo de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, se hará por la vía de la ejecución fiscal establecida en la presente ley, sirviendo de suficiente título a tal efecto la boleta de deuda expedida por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS.

En este juicio si el ejecutado no abonara en el acto de intimársele el pago, quedará desde ese momento citado de venta, siendo las únicas excepciones admisibles a oponer dentro del plazo de cinco (5) días las siguientes:

- a) Pago total documentado;
- b) Espera documentada;
- c) Prescripción;

aduanera ha limitado las excepciones oponibles a tan sólo cuatro⁴⁸, que son las existentes en el segundo párrafo del art. 92 de la ley 11.683, excluyendo expresamente del juicio de ejecución fiscal las excepciones contempladas en el segundo párrafo del art. 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por lo que eliminó las excepciones de incompetencia, de falta de personería, de litispendencia, de cosa juzgada, de vicios en la intimación de pago, de falsedad material y de falta de legitimación pasi-

va. Ello plantea las siguientes inquietudes: a) como hacer valer defensas esenciales cuando la propia ley las ha borrado del procedimiento; b) si, ante la ausencia de excepciones en el procedimiento, sólo cabe resignarse a pagar y luego iniciar juicio ordinario de repetición aunque en el ínterin, el perjuicio del deudor injustamente ejecutado sea irreparable; y c) si al haberse eliminado de la ley la posibilidad de apelar contra la sentencia ejecutiva, tampoco se podría hacer uso del remedio del recurso extraordinario fe-

d) Inhabilidad de título, no admitiéndose esta excepción si no estuviere fundada exclusivamente en vicios relativos a la forma extrínseca de la boleta de deuda.

No serán aplicables al juicio de ejecución fiscal promovido por los conceptos indicados en el presente artículo, las excepciones contempladas en el segundo párrafo del artículo 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cuando se trate del cobro de deudas tributarias no serán de aplicación las disposiciones de la ley 19.983, sino el procedimiento establecido en este capítulo.

La ejecución fiscal será considerada juicio ejecutivo a todos sus efectos, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en este capítulo, aplicándose de manera supletoria las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los pagos efectuados después de iniciado el juicio, los pagos mal imputados o no comunicados por el contribuyente o responsable en la forma que establezca la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS no serán hábiles para fundar excepción. Acreditados los mismos en los autos, procederá su archivo o reducción del monto demandado con costas a los ejecutados.

No podrá oponerse nulidad de la sentencia del TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION, la que sólo podrá ventilarse por la vía autorizada por el artículo 86 de esta ley.

A los efectos del procedimiento se tendrá por interpuesta la demanda de ejecución fiscal con la presentación del agente fiscal ante el Juzgado con competencia tributaria, o ante la Mesa General de Entradas de la Cámara de Apelaciones u Organismo de Superintendencia Judicial pertinente en caso de tener que asignarse el juzgado competente, informando según surja de la boleta de deuda, el nombre del demandado, su domicilio y carácter del mismo, concepto y monto reclamado, así como el domicilio legal fijado por la demandante para sustanciar trámites ante el Juzgado y el nombre de los oficiales de Justicia ad hoc y personas autorizadas para intervenir en el diligenciamiento de requerimientos de pago, embargos, secuestros y notificaciones. En su caso, deberá informarse las medidas precautorias a trabarse. Asignado el tribunal competente, se impondrá de tal asignación a aquél con los datos especificados en el párrafo precedente.

Cumplidos los recaudos contemplados en el párrafo precedente y sin más trámite, el agente fiscal representante de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS estará facultado a librar bajo su firma mandamiento de intimación de pago y eventualmente embargo si no indicase otra medida alternativa, por la suma reclamada especificando su concepto con más el quince por ciento (15%) para responder a intereses y costas, indicando también la medida precautoria dispuesta, el Juez asignado interviniente y la sede del juzgado, quedando el demandado citado para oponer las excepciones previstas en el presente artículo. Con el mandamiento se acompañará copia de la boleta de deuda en ejecución.

La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS por intermedio del agente fiscal estará facultada para trabar por las sumas reclamadas las medidas precautorias alternativas indicadas en la presentación de prevención o que indicare en posteriores presentaciones al Juez asignado.

La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS por intermedio del agente fiscal podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba. En cualquier estado de la ejecución podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los depositados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526. Dentro de los quince (15) días de notificadas de la medida, dichas entidades deberán informar a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la ley 21.526.

Para los casos en que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios deberá requerir la orden respectiva del juez competente. Asimismo, y en su caso, podrá llevar adelante la ejecución mediante la enajenación de los bienes embargados mediante subasta o por concurso público.

Si las medidas cautelares recayeran sobre bienes registrables o sobre cuentas bancarias del deudor, la anotación de las

deral por tratarse de una controversia en materia procesal.

Yendo a la primera de las inquietudes antes apuntadas, la Corte Suprema nacional ha destacado que al regular la ejecución fiscal, la ley 11.683 menciona excepciones "substanciales", sin incluir excepciones como las de litispendencia o incompetencia (a las cuales se las considera "procesales"), pero que ello no obstaría a que estas últimas sean igualmente admitidas. El fundamento radica en que, ante la irregularidad del

proceso, estas últimas excepciones deben tenerse por admisibles, figuren o no legisladas como tales, porque su objeto principal es el de permitir que el proceso pueda constituirse regularmente desde su inicio, lo que no se daría si se estuviera tratando la misma cuestión en otra jurisdicción cuya sustanciación tuviera efectos suspensivos de la ejecución, si la instancia del juicio ejecutivo no estuviera habilitada por no haberse cumplido con los recaudos de fondo exigidos con carácter previo a la emisión del título

mismas se practicará por oficio expedido por el agente fiscal representante de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial. La responsabilidad por la procedencia, razonabilidad y alcance de las medidas adoptadas por el agente fiscal, quedarán sometidas a las disposiciones del artículo 1112, sin perjuicio de la responsabilidad profesional pertinente ante su entidad de matriculación.

En caso de que cualquier medida precautoria resulte efectivamente trabada antes de la intimación al demandado, éstas deberán serle notificadas por el agente fiscal dentro de los cinco (5) días siguientes de tomado conocimiento de la traba por el mismo. En caso de oponerse excepciones por el ejecutado, éstas deberán presentarse ante el Juez asignado, manifestando bajo juramento la fecha de recepción de la intimación cumplida y acompañando la copia de la boleta de deuda y el mandamiento. De la excepción deducida y documentación acompañada el Juez ordenará traslado con copias por cinco (5) días al ejecutante, debiendo el auto que así lo dispone notificarse personalmente o por cédula al agente fiscal interviniente en el domicilio legal constituido. Previo al traslado el Juez podrá expedirse en materia de competencia. La sustanciación de las excepciones tramitará por las normas del juicio ejecutivo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La sentencia de ejecución será inapelable, quedando a salvo el derecho de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS de librar nuevo título de deuda, y del ejecutado de repetir por la vía establecida en el artículo 81 de esta ley.

Vencido el plazo sin que se hayan opuesto excepciones el agente fiscal representante de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS requerirá al Juez asignado interviniente constancia de dicha circunstancia, dejando de tal modo expedita la vía de ejecución del crédito reclamado, sus intereses y costas. El agente fiscal representante de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS procederá a practicar liquidación notificando administrativamente de ella al demandado por el término de cinco (5) días, plazo durante el cual el ejecutado podrá impugnarla ante el Juez asignado interviniente que la sustanciará conforme el trámite pertinente de dicha etapa del proceso de ejecución reglado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En caso de no aceptar el ejecutado la estimación de honorarios administrativa, se requerirá regulación judicial. La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS establecerá, con carácter general, las pautas a adoptar para practicar la estimación de honorarios administrativa siguiendo los parámetros establecidos en la ley de aranceles para abogados y procuradores. En todos los casos el secuestro de bienes y la subasta deberán comunicarse al Juez y notificarse administrativamente al demandado por el agente fiscal.

48. El Código Aduanero en su versión originaria y hasta la entrada en vigencia de la ley 25.986, admitía, por su remisión al Código Procesal nacional, las siguientes excepciones:

- 1º) incompetencia (art. 544 inciso 1, conf. art. 605);
- 2º) falta de personería en el ejecutante, en el ejecutado o en sus representantes por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente (art. 544, inciso 2, conf. art. 605);
- 3º) litispendencia en otro juzgado o tribunal competente (art. 544 inciso 3, conf. art. 605);
- 4º) cosa juzgada (art. 544 inciso 9, conf. art. 605);
- 5º) nulidad de ejecución por no haberse hecho legalmente la intimación de pago, siempre que en el acto de pedir la declaración de nulidad, el ejecutado depositara la suma fijada en el mandamiento u opusiere excepciones (art. 545 inciso 1, conf. Art. 605);
- 6º) nulidad de la ejecución por incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva, siempre que el ejecutado desconozca la obligación, niegue la autenticidad de la firma o el cumplimiento de la condición o de la prestación (art. 545, inciso 2, conf. Art. 605);
- 7º) falsedad material o inhabilidad extrínseca del título (art. 605);
- 8º) falta de legitimación para obrar pasiva en el ejecutado (art. 605);
- 9º) pago total o parcial que sólo puede probarse con documentos (art. 605);
- 10º) espera que sólo podrá probarse con documentos (art. 605); y
- 11º) prescripción (art. 605)

ejecutivo, si no existiera la deuda que se ejecuta, etcétera, por lo que el tratamiento de estas defensas se impone al juzgador en mérito al interés u orden público comprometido en dicha irregular constitución⁴⁹.

Respecto de la segunda de las inquietudes, nuestra Corte Suprema ha sostenido que, en principio, los juicios ejecutivos no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario (art. 14 de la Ley 48), debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente el tema, ya sea por el Fisco librando nueva boleta de deuda o por el ejecutado, mediante la vía de repetición⁵⁰. No obstante, el alto tribunal ha considerado que dicho principio debe ser dejado de lado cuando el asunto fue decidido de manera tal que frustra todo replanteo ulterior en un juicio ordinario⁵¹.

En relación con la tercera de las inquietudes planteadas, el art. 92 de la ley 11.683 es una norma procesal inserta en una ley federal, por lo que su interpretación es una cuestión reservada a los jueces de la causa y ajena, en principio, a la vía extraordinaria. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que ello cede cuando lo decidido causa agravio constitucional o compromete instituciones básicas de la Nación que el recurso

extraordinario puede salvaguardar⁵². Sobre la base de esta última salvedad, la Corte Suprema ha admitido, en forma excepcional, la procedencia de la vía extraordinaria, tratándose de juicios de apremio, cuando resulta manifiesta la inexistencia de deuda exigible, fundamentándolo en que, de lo contrario, se estaría privilegiando un excesivo rigor formal con grave menoscabo de las garantías constitucionales, añadiendo que no pueden ser consideradas como sentencias válidas, los pronunciamientos de los tribunales inferiores que omitieren tratar las defensas que gravitaren fundamentalmente en el resultado de la causa⁵³.

El art. 92 también veta la excepción de pago parcial ya que para ser oponible exige que el pago sea "total" y documentado. La exigencia de que el pago sea total lleva a injusticias tan grandes como la de tener que tolerar las medidas cautelares sobre el total del monto pretendido durante el proceso y pagar los honorarios del cobrador fiscal por el importe del total de la deuda aunque la mayoría de ella estuviere paga, lo que no se compadece con el sentido común ni la buena fe procesal, pues se trata de un absurdo generador de enriquecimiento sin causa.

La incorporación de la ejecución fiscal de la

49. Este criterio fue formulado de la manera que se indica en el texto y aplicado por la Corte Suprema para el supuesto de litispendencia en autos "*Julio Adolfo Steverlynck c/ Nación Argentina*", del 24 de mayo de 1974 (Fallos 288:416, especialmente parágrafos 14, 15 y 17). En este caso el contribuyente tenía pendiente una apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, que posee efectos suspensivos respecto de la ejecución, pese a lo cual se inició ejecución fiscal a la cual se le opuso la litispendencia, que fue rechazada por el Fisco aduciendo que la ley 11.683 no admitía esta excepción. La Corte expresó que negar la posibilidad de articulación, por vía de excepción, de los efectos suspensivos de la determinación apelada, pese a que el efecto suspensivo está legislado en la propia ley 11.683, importaría tanto como frustrar, de hecho, el régimen procesal administrativo ante el Tribunal Fiscal, pudiendo ser invocada la litispendencia solamente como argumento de fondo en el juicio ordinario posterior de repetición y no como excepción en el ejecutivo fiscal, conclusión que no consideró admisible por no compadecerse con reglas de hermenéutica aplicadas por la propia Corte que se basan en el principio del máximo -y no mínimo- significado útil, citando en su apoyo el fallo dictado por la propia Corte en autos "*Compañía Nobleza de Tabacos S.A.*", del 2 de noviembre de 1973). Mas tarde, en autos "*AFIP-DGI c/ Nicolini, Santiago*", del 12 de diciembre de 2002 (L.L. 2003-B-895), la Corte volvió a reiterar que las excepciones procesales son aplicables pese a no hallarse receptadas en la ley 11.683 y, citando el precedente anterior, lo aplicó a un supuesto de incompetencia. La Corte ha aplicado esta doctrina en los casos en que la deuda no existe por no haberse tenido en cuenta una exención de la ley en autos "*Fisco Nacional (AFIP) c/ Templar S.A. s/ Ejecución*", del 9 de noviembre de 2004. Los tribunales inferiores han aplicado el mismo criterio: Cámara Federal de Comodoro Rivadavia en autos "*Gobierno Nacional c/ Beatove, Celestino*", del 5 de noviembre de 1981 (LL-1982-D-67).

50. C.S.J.N. Fallos 308:1230; 311:1724, entre otros).

51. C.S.J.N. Fallos 308:489; 310:1597; 312:2140; 313:899; 317:1400, entre otros.

52. C.S.J.N., entre otros, en autos "*Guillermo Peralta y otros*", del 15 de agosto de 1989 (Fallos 312:1332) y "*Manuel Salgueiro c/ Adm. Nac. de Aduanas*" del 17 de octubre de 1989 (Fallos 312:1913).

53. C.S.J.N. en autos "*Prov. de Buenos Aires c/ Maderera Miguet I.C.A. y F.*", del 14 de febrero de 1989, cuarto y sexto párrafos (Fallos 312:179).

ley 11.683 al ámbito aduanero eliminó, también, la apelación contra la sentencia de trance y remate que era admisible en materia aduanera⁵⁴. En oportunidad de haberse cuestionado la imposibilidad de apelar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciéndose eco del dictamen del Procurador General de la Nación, consideró que la multiplicidad de instancias no es una condición cuya ausencia vulnere por sí el derecho de defensa en juicio ya que, según este esquema, basta con que haya al menos una instancia para salvar el principio de división de poderes, a lo que se añade el argumento de que el contribuyente cuenta con la posibilidad de rever su situación mediante un juicio ordinario posterior al apremio⁵⁵. Este modo de revisión sabemos que es ruinoso para el contribuyente.

Otro preocupante avance sobre los derechos del administrado es que el art. 92 de la ley 11.683 faculta al cobrador fiscal (agente fiscal representante de la A.F.I.P.) a librar bajo su sola firma los mandamientos de intimación de pago y citación de remate, y emitir orden de embargo preventivo u otro tipo de medida cautelar sin necesidad de autorización judicial previa. El embargo se tramará por el importe reclamado con más un 15% para responder a intereses y costas pudiendo recaer en cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras. El juez sólo tendrá que ser "informado" de lo que hiciere el cobrador del Fisco y sólo tendrá intervención real en caso que el contribuyente opusiera alguna de las excepciones autorizadas que, como hemos visto, han quedado limitadas a unas pocas. A ello cabe añadir que si el demandado no opone excepciones ni siquiera se dictará sentencia, porque el último párrafo del art. 92 de la ley 11.683 dispone que el apoderado del Fisco se limitará requerir del juez constancia de ese

hecho (lo que al juez no le constará, ya que el mandamiento se diligencia sin su intervención), quedando expedita la vía de ejecución del crédito reclamado, lo que generó críticas al sostenerse que el art. 17 de la Constitución Nacional sólo admite la privación de la propiedad en virtud de sentencia fundada en ley⁵⁶.

En relación con estas disposiciones, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia⁵⁷ sostuvo que "si bien son loables y necesarias las medidas que se adopten para combatir la evasión fiscal y agilizar la percepción de la renta pública, ello, obviamente, no autoriza avasallar el principio republicano de división de poderes, autorizando a un organismo de la órbita del Poder Ejecutivo, a cumplir funciones que son indudablemente propias del Poder Judicial", añadiendo que "embargar cuentas, bienes, decretar una inhibición general., embargar la totalidad de los fondos de una persona, esto es, afectar la disponibilidad de su patrimonio, dentro del régimen jurídico nacional es indudablemente una tarea que compete a los jueces y no a la A.F.I.P. Es evidente que este organismo no puede contar con atribuciones que le están expresamente prohibidas por la Constitución Nacional a la cabeza del Poder Ejecutivo al que pertenece (art. 109: "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales ..."). Mas adelante expresa que: "Es cierto que en caso de oponerse excepciones decide el magistrado. Pero mientras tanto, el demandado ya pudo ser afectado en la libre disponibilidad de sus bienes por decisión de un funcionario del poder administrador ... además es inaceptable el argumento de la recurrente en el sentido que con anterioridad a la ley 25. 239 existían funcionarios del Fisco que cumplían actividades propias del juzgado como lo eran

54. Por aplicación de los arts. 554, 596, a los cuales cabía la remisión que hacía el art. 1126 del Código Aduanero.

55. Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Dirección General Impositiva c/ Astinave S.A." del 26 de agosto de 2003, revista La Ley Tomo 2004-A- pag. 282. La causa llegó a la Corte como consecuencia de la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata quien declaró la inconstitucionalidad del art. 92 de la Ley 11.683 en cuanto impide la apelación de la sentencia recaída en la ejecución fiscal.

56. Ernesto Grin, "Un híbrido administrativo judicial", revista Impuestos, T° LVIII-A-834; José Osvaldo Casás, "El marco constitucional del procedimiento y del proceso tributario", en la obra colectiva bajo la coordinación de Alejandro Altamirano "El procedimiento Tributario", Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1998, pag. 70.

57. Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, en autos "Cámara de Comercio Industria y producción de Resistencia c/ A.F.I.P." del 21 de septiembre de 2000, con voto de los doctores Tomás Inda y Diómedes Rojas.

los oficiales "ad hoc", pues es incomparable la extensión de las atribuciones que la ley en cuestión asigna al agente fiscal, con la labor que cumplen los oficiales de justicia "ad hoc" en las ejecuciones fiscales. Estos últimos simplemente ejecutan una orden del juez – diligenciar mandamientos y notificaciones – pero sin poder de decisión autónomo". El pronunciamiento culmina con una frase que sintetiza lo anterior al expresar: "La inconstitucionalidad de la norma analizada es notoria, y no puede justificarse por la necesidad de paliar el déficit fiscal. Necesidad ésta alegada por el apelante y cierta, pero que no autoriza a que se le satisfaga con flagrante violación del principio de división de poderes y de las garantías del juez natural y del debido proceso".

En el mismo sentido se ha manifestado la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, por su Sala "A"⁵⁸, la cual expresó que la norma que analizamos "afecta decididamente el principio republicano de división de poderes al habersele asignado al Poder Administrador claras facultades jurisdiccionales, al punto que le resulta difícil y complejo dirimir quien, en definitiva, resulta ser el titular del ejercicio jurisdiccional", añadiendo que la redacción de esta disposición "ilustra de modo completo y claro en orden al rol meramente "pasivo" asignado al juez en este tipo de contiendas judiciales, desde que la mayor parte del proceso quedó a cargo del órgano administrativo, siendo la intervención del magistrado prácticamente mínima o inexistente. Resulta indudable entonces que las atribuciones que esta ley confiere a los agentes dependientes de la A.F.I.P. constituyen funciones y tareas que, de ordinario compete a los jueces, desconociéndose así que el organismo fiscal dependiente del Poder Ejecutivo Nacional no puede ejercer poderes y atribuciones que le está expresamente prohibidas por la Constitución al Poder Ejecutivo, ello conforme al art. 109, por lo que la violación al principio constitucional de la división de poderes deviene palmaria". La Cámara Federal de Córdoba considera que "la

figura del juez como "tercero imparcial" existente en todo proceso, aquí brilla por su ausencia, puesto que el organismo fiscal se convierte, por imperio legal, en juez "director del proceso" y parte a la vez. He aquí entonces una nueva violación a otra garantía constitucional, la de igualdad de las partes en el proceso, consagrada en el art. 16 de nuestra Carta Magna".

Por las razones tanto de orden práctico que emanan de las diferentes características que tiene el procedimiento aduanero respecto del impositivo como así también por las graves violaciones constitucionales que el desmadre impositivo ha generado, importantes entidades del sector del comercio exterior manifestaron que la aplicación del actual artículo 92 de la ley 11.863 a la materia aduanera es irritante desde el punto de vista constitucional así como también desde la búsqueda de una garantía judicial para los intereses del administrado por lo que si alguna modificación debiera hacerse es en la ley 11.683 para alinearla con principios de mayor justicia como los que existen en el Código Aduanero y no a la inversa y que, finalmente, la celeridad no se puede lograr a costa de derogar defensas del administrado.

VI. LA FACULTAD DE LA ADUANA PARA CLAUSURAR ESTABLECIMIENTOS Y DOMICILIOS EN ZONA SECUNDARIA SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El art. 124 del Código Aduanero cuyo texto ha sido sustituido por la ley 25.986, está ubicado en el Capítulo Segundo del Título II de la Sección II del referido código, es decir, en la parte relativa a las facultades de control del servicio aduanero en la zona secundaria aduanera. Esta última es definida en el art. 6 del Código como la parte del territorio aduanero que no es zona primaria y que, por lo tanto, no está habilitada para la ejecución de operaciones aduaneras ni afectada al control de las mismas (art. 5), abar-

58. Sentencias recaídas en autos "A.F.I.P. (D.G.I.) c/ Hemodinamia Río Cuarto S.R.L. s/ ejecución fiscal" del 1º de junio de 2001 y "D.G.I. c/ Moroni" del 26 de septiembre de 2001, con voto de los doctores Gustavo Becerra Ferrer y Humberto Aliaga Yofre.

cando el grueso del ámbito geográfico del país. En la jerga aduanera la zona secundaria aduanera es denominada "la plaza" y allí la regla es la libertad de circulación, siendo el control aduanero la excepción.

Por el contrario, en la zona primaria aduanera se encuentra mercadería cuya situación aduanera aun no está totalmente determinada, ya sea porque arribó al territorio aduanero y se encuentra a la espera de ser aduaneramente documentada careciendo, por lo tanto, de libre circulación interna, o porque la mercadería que sí posee libre circulación interna se encuentra en un lugar por donde va a salir del territorio aduanero (puertos, aeropuertos, depósitos aduaneros, pasos fronterizos, etcétera). En virtud de ser lugares en los cuales se almacenan o se acondicionan, cargan o descargan mercaderías que aún no han sido objeto de declaración aduanera o que no ha satisfecho aun los tributos aduaneros, son lugares proclives a facilitar maniobras de fraude o de contrabando. Por dicha razón en estos lugares se le otorgan al servicio aduanero atribuciones de control de mayor magnitud (arts. 121 y 122) que las que se le otorga en la zona secundaria aduanera, es decir en el circuito económico interno al cual es librada la mercadería importada luego de haber pasado por el examen de la posible aplicación de los tributos aduaneros o de las prohibiciones de carácter económico que correspondieren.

La zona primaria no es un ámbito de libre circulación, las facultades del servicio aduanero cobran allí tal significación que la libertad de los administrados se encuentra restringida, habiéndose dicho que se invierte el principio general pues la autorización previa es la regla y la

libertad de movimiento la excepción⁵⁹, es por ello que una vez que la mercadería sale de la zona primaria y es librada a la zona secundaria la regla se invierte y la aduana debe adecuar su accionar a los cánones normales volviéndose a aplicar el principio básico de la libertad (art. 19 de la Constitución Nacional).

Por ello, en la zona primaria aduanera se admite que el servicio aduanero pueda allanar y registrar depósitos y demás locales e incautar documentos y papeles relacionados con el comercio exterior sin previa autorización judicial y no se lo admitía en zona secundaria, conforme al art. 124 en su redacción originaria⁶⁰.

Ahora, la nueva ley añade a las facultades de la aduana ya existentes, la de "... *clausurar por el plazo de tres (3) a diez (10) días hábiles, dando cuenta de ello al juez competente en forma inmediata*", los depósitos, locales, oficinas, moradas, residencias, domicilios y cualesquiera otros lugares. La norma prescinde de la autorización judicial previa y, empleando una fórmula a la cual la autoridad fiscal ha tomado afeción⁶¹ la reemplaza con un simple "dar cuenta de ello" una vez que esté consumado.

El mensaje con el cual el Poder Ejecutivo acompañó al proyecto "Plan Antievasión II" expresa que la nueva norma está inspirada en el art. 40 y siguientes de la Ley 11.683 (introducida por la ley 23.314 y luego modificada por las leyes 23.658 y 23.905), que contempla a la clausura como una "sanción" y no como medida preventiva, que la citada ley contempla en el art. 35 inciso f). Estas normas de la ley 11.683 por su parte, se inspiraron en las normas aduaneras, de policía de sanidad y de precios máximos⁶². Es por ello que, teniendo en cuenta la ausencia de

59. Alsina, Barreira, Basaldúa, Cotter Moine y Vidal Albarracín, "Código Aduanero - Comentarios, antecedentes y concordancias", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1984, pag. 47.

60. El art. 124 antes de la reforma de la ley 25.986 disponía "En la zona secundaria aduanera, el servicio aduanero también podrá, previa autorización judicial, allanar y registrar depósitos, locales, oficinas, moradas, residencias, domicilios y cualesquiera otros lugares, así como incautar documentos, papeles u otros comprobantes cuando estuvieren directa o indirectamente vinculados al tráfico internacional de mercadería".

61. Esto de prescindir de la previa autorización judicial para avanzar sobre los derechos de los ciudadanos, ya se ve en las facultades judiciales que se arroga la A.F.I.P. en los trámites de ejecución judicial (art. 92 de la Ley 11.683 introducido por la ley 25.239 y ahora aplicable en materia aduanera en virtud de esta misma ley 25.986 con la modificación que introdujo en el art. 1126 del Código Aduanero).

62. Carlos M. Giuliani Fonrouge y Susana Camila Navarrine, "Procedimiento Tributario y de la seguridad social", actualizado por Navarrine, Ed. Desalma, Buenos Aires, 2001, pag. 308.

ciertas normas, tales como las de prescripción (plazos y causales de suspensión e interrupción), algunos autores hayan propuesto la aplicación analógica de las normas de los arts. 988 y siguientes del Código Aduanero⁶³.

La nueva norma no limita los lugares a los establecimientos comerciales sino que lo extiende a las moradas, residencias, domicilios y cualquier otro lugar, por lo que una interpretación literal permitiría a la aduana clausurar el domicilio particular de un ciudadano sin tener que pedir previamente autorización a un juez. No aclara que ese accionar se funde en alguna razón de urgencia o, al menos en el cumplimiento de determinados fines. Tampoco dice que esté justificado para asegurar la no desaparición de elementos que fueran objeto de un hecho ilícito o para asegurar medios de prueba acerca del mismo. Cabe preguntarse entonces si debe entenderse que deja librado a criterio de los funcionarios de turno el motivo que aduzcan para ejecutar tan grave medida. Consideramos que esto no es admisible, ya que si bien en ejercicio de la actividad discrecional, la conducta de la administración no está predeterminada por normas legales, sí lo está por la finalidad legal a cumplir⁶⁴.

Nos parece evidente que lo que tuvo en mente quien diseñó el proyecto de ley fue aplicar una pena administrativa escapando del control judicial, a cuyo efecto ubicó la norma entre las facultades de control del Código Aduanero (Sección II), en vez de hacerlo en la Sección XII

(Disposiciones Penales). Prueba de ello es que no se le atribuye una finalidad preventiva. En el mensaje se invoca como fuente la pena prevista en el art. 40 de la ley 11.683 y se la regula como tal, pues prevé una duración de entre tres y diez días que no se compadece con una medida preventiva sino con un rango característico de la facultad jurisdiccional de adecuación del castigo a la gravedad del hecho cometido, al igual que sucede con su modelo. La conclusión es evidente: estamos ante una pena anticipada y sin juicio previo. Ello afecta los principios constitucionales del debido proceso y de la división de poderes (arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional)⁶⁵.

No obstante, el art. 40 de la Ley 11.683 se refiere a la clausura como "sanción", por lo que hubiera sido más adecuado asimilar la nueva norma del art. 124 con el art. 35 inciso f) de aquél ordenamiento. Pero no es así porque: 1º) la asimilación al art. 409 surge del propio mensaje del Poder Ejecutivo; 2º) recoge el plazo de la sanción de tres a diez días de clausura y no un lapso máximo de hasta tres días como dispone el art. 35 inciso f); 3º) no invoca peligro en la demora que justifique la clausura inmediata; 4º) no se refiere al caso de clausura por falta de entrega de la documentación (como el referido art. 35 inciso f) ya que este supuesto está contemplado en otro párrafo del mismo art. 124; 5º) el art. 35 inciso f) el art. 75 de la ley 11.683 exige como recaudo esencial de la clausura el inmediato control judicial, lo que aquí no es exigido.

63. Aristides Corti, Beatriz Blanco, Ignacio Buitrago, Rubén Calvo y Miguel Tesón, "Procedimiento Fiscal - Análisis integral". Ed. Tesis, Buenos Aires, 1987, pag. 188.

64. Miguel S. Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, Tomo I, § 21, página 99. Manuel María Díez, "Derecho Administrativo", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1963, Tomo I, pag. 147. Este último autor dice que cuando la administración actúa cumpliendo fines distintos de aquellos que fueron tenidos en mira al conceder las facultades, realiza una actividad arbitraria, es decir externamente correcto pero con un fin ajeno al asunto objeto de la decisión.

65. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Lapiduz, Enrique c/ D.G.I s/ acción de amparo" del 28 de abril de 1998 expresó citando la doctrina del mismo tribunal en el caso "Dunit c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura" (Fallos 284:150), que no se cumple con el juicio previo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional para legitimar una condena, si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente, que ésta haya concluido con sanción, concluyendo que la ley 24.765 (que introdujo una de las tantas versiones del art. 40 de la Ley 11.683, conforme con la cual las apelaciones contra las decisiones de la D.G.I. se concedían con efecto devolutivo) resultan contrarias a la garantía del debido proceso establecida en nuestra Carta Magna. El Fisco adujo que la clausura carece de carácter penal, pues es una sanción de tipo administrativo o bien una medida preventiva o resultante del ejercicio del poder de policía. Este argumento fue rechazado por la Corte, quien hizo lugar al amparo solicitado, sosteniendo que la clausura del art. 44 de la Ley 11.683 tiene un innegable carácter represivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *"la interpretación de la ley debe practicarse computando la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente y del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución"*⁶⁶, así como que *"la inteligencia de las normas debe practicarse de modo tal que se evite poner en pugna disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y permitiendo adoptar como verdadero el sentido que las concilia y deja todas con valor y efecto"*⁶⁷, que las normas legales y reglamentarias deben ser entendidas, en tanto sea posible hacerlo, sin violencia, de la manera mas concorde con los preceptos de la Constitución Nacional⁶⁸, y que esa interpretación debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general de ellas y los fines que las informan⁶⁹. Por ello ha sentado como regla de interpretación de las leyes que se deban computar la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con las restantes normas del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, prefiriéndose la inteligencia que favorezca y no que dificulte aquella armonía⁷⁰. En ese entendimiento, consideramos que esta norma encuentra su sentido a los fines de precisar el plazo para el ejercicio de la facultad que el Código, en la parte referida a las facultades del servicio aduanero, reconoce a los fines de la clausura preventiva contemplada en el art. 989 del Código Aduanero. De tal manera, la norma del art. 124 del Código Aduanero introducida por la Ley 25.986 encuentra su compatibilidad con la Constitución Nacional, se la armoniza con el resto del sistema del Código Aduanero y de la Constitución Nacional y se eliminan los riesgos de que una discrecionalidad que carece de los límites de la finalidad desborde en arbitrariedad.

Piénsese que la función de la aduana en la

zona secundaria es diferente de la que tiene la Dirección General Impositiva. La Aduana, cuya preocupación se concentra en la introducción o salida de mercadería, tiene su oportunidad de amplia fiscalización en el momento en que la mercadería pasa por sus manos. Luego de ello sus facultades en zona secundaria son excepcionales. Ello es lo que requiere la salud del comercio y así lo entendió el Código Aduanero.

Es por ello que a fin evitar abusos, la Comisión Redactora del Código Aduanero contempló excepcionalmente la clausura en los procedimientos en los cuales se investigara la tenencia de mercadería extranjera en plaza sin acreditar su legítima introducción (arts. 989 y 990 Código Aduanero). No es necesario ni menos aun, conveniente, establecer las facultades de clausura de manera genérica y dando plena discrecionalidad al funcionario aduanero.

Uno de los objetivos del Código fue brindar al comercio internacional ciertas pautas de seguridad jurídica evitando, en la medida de lo posible, discrecionalidades innecesarias que puedan alentar malas prácticas por parte de funcionarios incorrectos, prepotentes o venales. Si la nueva norma se interpretara de manera independiente y paralela al sistema del Código, eliminaría los contrapesos allí establecidos, posibilitando que el flujo del comercio pueda perjudicarse por errores administrativos que luego son irreparables, por lo que consideramos que la facultad del nuevo art. 124 debe integrarse dentro del procedimiento establecido en el art. 989 y limitado a ese caso.

El Código Aduanero contempla la clausura desde dos distintos puntos de vista: como medida preventiva y como pena. En el primer caso, cuando la aduana se encontrara investigando la infracción de tenencia injustificada de mercadería de origen extranjero con fines comerciales o industriales; en este caso la clausura pre-

66. C.S.J.N., entre otros: Fallos 255:192; 255:360; 258:17; 258:75; 261:89; 262:41; 262:470; 262:477; 263_63; 263:309; 263:460; 267:478; 288:419.

67. C.S.J.N. en autos "Benjamín Calvete" del 19 de septiembre de 1864 (Fallos I:297), criterio reiterado a partir de allí en múltiples ocasiones (Fallos 277:213; 279:128; 281:170; 289:185; 296:372; 312:1914, etcétera).

68. C.S.J.N. Fallos 224:423 y 234:229.

69. C.S.J.N. Fallos 264: 152; 265:256 y 272.

70. C.S.J.N., Fallos 143:118; 183:241; 189:248; 194:371; 281:146 y, especialmente, 303:248, 578, 600 y 957.

ventiva procederá si se comprobare "*prima facie*" la comisión de esa infracción.

La razón de ser de esta clausura preventiva se justifica para evitar que la mercadería que se encuentre ilícitamente ingresada y cuya cantidad no permitiera su secuestro (art. 123 inciso c) pueda desaparecer durante el procedimiento sumarial con el doble perjuicio de borrar la prueba del hecho ilícito y perjudicar el cumplimiento del arancel o de la prohibición de importación que pudiera pesar sobre ella. No obstante, el Código rodea de ciertas garantías la continuación de las operaciones comerciales del imputado pues éste puede evitarla si en ese acto ofreciera bienes a embargo suficientes para cubrir el máximo de la pena prevista en la ley (art. 989), sin perjuicio de otorgar varios modos de levantamiento posterior (art. 990).

Desde nuestro punto de vista, la norma del primer párrafo del nuevo art. 124 debe ser interpretada en sentido armónico con el resto del ordenamiento jurídico (Código Aduanero y Constitución Nacional) encuadrándola dentro de la finalidad tenida en cuenta por el art. 989 del Código, es decir, en cumplimiento de una investigación referida a la infracción contemplada en los arts. 985, 986 y 987. En tal caso, dado que una de las causales de levantamiento de la sanción radica en el transcurso del plazo máximo de la pena de clausura que pudiere corresponder (art. 990 inciso b), esta norma fijaría ese máximo en diez días hábiles, pudiendo ser por un plazo menor de hasta tres días.

En los párrafos segundo y tercero del nuevo artículo 124 se establece la facultad de solicitar al juez una orden de allanamiento en los casos en los cuales el administrado se negare a suministrar los informes o documentos que le requiriere el servicio aduanero (art. 994 inciso b) o impidiera o entorpeciere la acción del servicio aduanero (art. 994 inciso c). De esta manera se refuerza la facultad otorgada por el art. 123 incisos c) y d) en los casos en que el administrado no les permitiera el acceso a la documentación.

El pedido de orden de allanamiento debe hacerse ante el juez federal con competencia y este último debe expedirse fundadamente dentro de las 24 horas. Esto último nos parece impropio, pues el servicio aduanero es quien debe fundar

la necesidad del allanamiento y no el juez, quien carece de elementos para fundar la pretensión del requirente y menos aun, en 24 horas. Esta norma tiende a que el allanamiento se ordene en forma automática, impidiendo que el juez pueda sopesar la medida de acuerdo a mínimos cánones de prudencia judicial.

VII. LA INHABILITACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN

VII.1. El régimen de control de los instrumentos de medición en la ley de Metrología.

En el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo se introducen sendos incisos en los arts. 122 y 123 del Código Aduanero, mediante los cuales se faculta al servicio aduanero a inhabilitar preventivamente los instrumentos de medición y de control de bienes utilizados en operaciones de comercio exterior ante la detección de irregularidades en los mismos, hasta que fueran subsanadas.

Bajo la denominación genérica de "instrumentos de medición", el art. 6 de la Ley de Metrología N° 19.511 considera como tales a "*todo aparato, medio o elemento que sirva para contar o determinar valores de cualquier magnitud*". El art. 9 de esa ley dispone que es obligatoria la verificación periódica y vigilancia de uso de todo instrumento de medición reglamentado que fuera utilizado en transacciones comerciales, certificación de pesos o medidas de materiales o mercaderías que se reciban o expidan en toda explotación comercial, industrial, agropecuaria o mineral; valoración o fiscalización de servicios o de trabajos realizados por operarios, utilizado por las reparticiones públicas o en cualquier actividad que, por su importancia, incluyera la reglamentación.

Contempla dos tipos de verificación: la denominada "primitiva", que es la que se hace al momento de su instalación y la denominada "contraste periódico" que se llevará a cabo donde los instrumentos se encuentren y dentro de la periodicidad que fijare el Poder Ejecutivo nacional (arts. 12 y 22 de la ley).

La ley autoriza a los funcionarios encarga-

dos de vigilar el cumplimiento de la Ley de Metrología a solicitar el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus funciones y, si fuere necesario, para detener personas sospechosas o que se negaren a prestar declaración, practicar allanamientos o secuestros, registros o inspecciones, en cuyo caso, el juez competente expedirá orden de detención, allanamiento o secuestro con habilitación de día y hora. Dichas órdenes no serán necesarias para los registros, inspecciones o secuestros en comercios, industrias y, en general, en locales o establecimientos abiertos al público, con excepción de las partes destinadas a habitación o residencia particular (art. 25 de la ley 19.511).

En los casos de comprobación de infracciones, los funcionarios intervinientes podrán proceder, bajo constancia de acta, al secuestro o la inhabilitación para uso o disposición, de los elementos hallados en contravención, quedando los elementos inhabilitados depositados a cargo del infractor, o de otra persona de identidad y responsabilidad conocida, bajo custodia de la fuerza pública (art. 26 de la ley 19.511).

La ley establece que la vigilancia de uso de los instrumentos de medición utilizados en operaciones que se relacionaren con el comercio internacional, debe ser ejercido exclusivamente por la Nación en la forma que determinare la reglamentación (art. 30).

Finalmente la ley establece un régimen penal con sanciones de multa y comiso del material en infracción estableciéndose un sumario con apelación ante las respectivas Cámaras Federales de Apelación y, en la Capital Federal, ante la Cámara en lo Penal Económico, contemplándose una prescripción de tres años.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1157/72 y el Decreto 829/94, los que fueron derogados por el Decreto 788/03. La autoridad de aplicación es el "servicio de aplicación" conformado por la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) quienes entre otras funciones tienen la de efectuar en todo el territorio de la nación la vigilancia de uso respecto de todo instrumento de medición reglamentado, decidir el secuestro o inhabilitación de todo instrumento de medición y efec-

tuar su rehabilitación (art. 2º incisos d, e, y f, del Decreto 788/03).

VII.2. La nueva norma superpone funciones ya existentes en la ley 19.511 y su decreto reglamentario.

En el Mensaje que remitiera el Poder Ejecutivo al Congreso se agrupó la modificación del art. 122 del Código Aduanero con la del art. 124, expresando que *"la modificación de los arts. 122, 123 y 124 de la ley 22.415 y sus modificatorias (Código Aduanero), tiene fundamento en la necesidad de facultar a la Dirección General de Aduanas para realizar controles y eventualmente aplicar inhabilitaciones ante la detección de irregularidades en los instrumentos utilizados para la medición y el control de bienes en operaciones de comercio exterior, ampliando las facultades concedidas al servicio aduanero... asimilándolas a las previstas en el art. 40 de ley 11.683"*, añadiendo mas adelante *"En tal entendimiento deviene ineludible facultar al servicio aduanero a inhabilitar preventivamente los instrumentos de medición y de control de bienes utilizados en operaciones de comercio exterior ante la detección de irregularidades en los mismos, así como también para proceder a la clausura en zona secundaria aduanera ..."*.

No obstante, el art. 40 de la ley 11.683 allí citado, no se refiere a una medida preventiva sino a la pena de clausura, por lo que la asimilación que se menciona es notoriamente inadecuada. Ello quizás se deba a que en la redacción originaria del "Plan Antievasión II", que mas tarde fuera rectificado para remitirlo al Congreso, se había previsto la "clausura" de los instrumentos de medición, lo que fue objeto de crítica por parte de ciertos funcionarios que sugirieron sustituir la palabra clausura por inhabilitación, quedando resabios del concepto en el Mensaje.

Consideramos que es condición implícita de esta facultad de la aduana, que los resultados obtenidos del instrumento de medición, sean utilizados a los fines del control aduanero. De lo contrario el control sobre ellos carecería de sentido.

El art. 122 faculta al ejercicio de la inhabilitación en la zona primaria aduanera, que es don-

de usualmente se encuentran los instrumentos de medición o control de mercaderías de importación y de exportación, tales como las balanzas fiscales; mientras que el art. 123 se refiere a esa misma facultad en la zona secundaria aduanera donde este tipo de instrumentos de medición no suele ser tan gravitante.

Para advertir la importancia del buen ejercicio que la aduana debe hacer de esta norma, piénsese en una planta fabril con puerto propio para exportación, que opere con silos (caso de cereales) o con tanques de líquidos (caso de aceites), que son numerosos en la costa santafesina del río Paraná. En tal caso, la inhabilitación de los instrumentos de medición significará, en los hechos, la clausura del puerto y, por ende, de las operaciones de exportación.

La facultad que ahora se establece se superpone con la otorgada a otros funcionarios por la ley 19.511 generándose una duplicidad de autoridades para controlar los mismos instrumentos. La discrepancia entre la aduana y la autoridad de aplicación de la ley 19.511 en lo referente a la existencia o inexistencia de irregularidad respecto de determinado instrumento de medición, puede crear serios inconvenientes de competencia y consecuente demora de la rehabilitación con los graves perjuicios que ello implicaría. Por ello esta reforma nos parece poco feliz.

VIII. ALTERACIÓN DEL CÁLCULO DE LA BASE IMPONIBLE PARA LOS DERECHOS DE EXPORTACIÓN EN EL CASO DE GASODUCTOS, OLEODUCTOS Y REDES ELÉCTRICAS.

El art. 75 inciso 1° de la Constitución Nacional establece que los derechos de importación y de exportación así como las "avaluaciones" sobre las cuales ellos recayeran deben ser "uniformes" en todo el país. Ello se desconocería si el exportador de un lugar lejano de la frontera tuviese que incorporar en la base imponible de los derechos de exportación un costoso flete interno hasta la frontera, mientras que los exportadores

de la provincia limítrofe no tuvieran que cargar casi ningún importe en ese concepto. La base imponible de los derechos de exportación ("valor imponible" en la terminología del art. 735 del Código Aduanero) se vería así incrementado de manera desigual.

A fin de cumplir con el precepto constitucional, al desarrollar el sistema de valoración de la mercadería sujeta al pago de derechos de exportación, el Código Aduanero procuró que el "valor imponible" no se viera alterado según la provincia o el lugar desde el cual la mercadería fuera exportada.

Suponiendo, por vía de hipótesis, la exportación de una mercadería realizada desde Córdoba hacia Brasil por vía terrestre, si se incluyeran dentro de la base imponible los gastos devengados como consecuencia del viaje interno desde Córdoba hasta la frontera en Paso de los Libres, el exportador cordobés quedaría en desventaja respecto del exportador del Chaco cuyo flete sería inferior, lo que implicaría que las "avaluaciones" para el derecho de exportación no cumplirían con el recaudo constitucional de uniformidad.

Por dicha razón el art. 736 del Código Aduanero dispuso que el "valor imponible" en las exportaciones, incluyen los siguientes gastos: en la vía acuática, hasta el puerto en que el buque se cargare con destino al exterior; en la vía aérea hasta el aeropuerto en que la aeronave se cargare con destino al exterior y en la vía terrestre, hasta el lugar en que se cargare el automotor o el ferrocarril con destino al exterior. De tal manera en el ejemplo anterior, si el camión es cargado en Córdoba con destino a Brasil, el flete interno desde Córdoba hasta la frontera no debe ser incorporado en la base imponible del tributo. De igual manera los gastos se incluirían sólo hasta la carga del camión si éste tuviera por destino transbordar a un buque de salida. Se eliminó así el criterio del "franco frontera" al cual la aduana era adicta hasta ese momento⁷¹.

El Código no contempló el caso en que el vehículo de la mercadería exportada fuere un ducto o una línea de tendido eléctrico. A fin de cubrir ese caso, el "Plan Antievasión II" oportunamente

71. Enrique C. Barreira, "Algunas consideraciones sobre los derechos de exportación", revista Guía Práctica del Exportador e Importador, Buenos Aires, marzo de 1983, n° 315, pag. XII.

remitido al Congreso incorporaba un inciso más al art. 736 en el que se disponía que los gastos se computarían hasta el lugar a partir del cual los oleoductos, gasoductos, poliductos o redes de tendido eléctrico "no presentaren otras derivaciones al mercado interno", lo que implicaba que si de la red troncal se desprendían varias ramificaciones que tenían por finalidad ir hacia otros puntos del propio territorio aduanero, ese trayecto debía incorporarse y sólo dejaría de calcularse el gasto del transporte del fluido a partir de la última de esas bifurcaciones, de manera que a partir de allí no tuviera otro destino posible que el exterior.

No obstante, durante las discusiones parlamentarias la A.F.I.P. propuso una nueva fórmula que plasmó en la ley 25.986, incorporando un inciso d) al art. 736 mediante el cual se dispone que en el caso de este tipo de ductos o redes de tendido eléctrico el valor imponible incluye los gastos ocasionados "hasta el lugar en el que se practicara la última medición de embarque".

La disposición no es clara ya que parte de la base que el fluido es medido para embarque más de una vez. La analogía con el embarque es poco feliz y lejos de aclarar ensombrece la interpretación.

Lo razonable sería considerar que el lugar en el cual se expide la mercadería con destino al exterior es aquél en el cual se documenta la misma para exportación y no el lugar en que se produce la última medición, ya que esta última, al igual que el control de precintos del camión en la última aduana, sólo tiene por finalidad ratificar la cantidad documentada. No obstante la norma parece indicar que el lugar hasta el cual se computan los gastos de transporte es hasta donde se mide por última vez lo que va a exportarse. De tal manera si por vía de hipótesis el gas que se exportare desde Neuquén hacia Brasil se midiera por última vez en Misiones, el costo del transporte por esa larga distancia a través del propio territorio aduanero con destino final al extranjero se adicionaría a la base imponible y, en razón de las características de la mercadería en cuestión y el importante costo relativo del transporte en estos

casos, se podrá llegar a duplicar la base imponible originaria en desmedro de quien debiera exportar el fluido desde los lugares más lejanos a la frontera y en beneficio de quien tuviera la fuente de recursos en un lugar más cercano.

Si bien los costos derivados de las diferencias geográficas son variables insoslayables y hacen a las ventajas competitivas del comercio internacional, es contrario al principio de neutralidad que esas diferencias sean agravadas por la propia ley, máxime si se lesionan expresos principios constitucionales que el resto de las normas del ordenamiento se esmeran en respetar.

IX. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROHIBICIONES RESPECTO DE MERCADERÍAS EN VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL O INTELECTUAL

"Où découvrir le critérium permettant de distinguer l'acte permis de l'acte défendu, la concurrence licite de la concurrence indue? Comment concevoir et établir les limites qu'il convient d'apporter à la liberté commerciale?... une empiètement, une véritable entreprise sur les droits égaux et rivaux d'autrui: c'est un industriel qui utilise la marque adoptée par un concurrent ou qui fabrique des produits pour lesquels celui-ci avait obtenu un brevet valable; en agissant ainsi, ce producteur commet une véritable usurpation; il fait plus qu'abuser d'un droit, il s'attaque directement au droit d'autrui, il agit sans droit: il commet un délit, le délit de contrefaçon... Le rapprochement s'impose alors avec l'acte accompli sur le domaine foncier d'autrui; le contrefacteur, de même que l'individu qui fait acte de maître sur un terrain qui ne lui appartient pas, empiète effectivement, littéralement sur la propriété d'autrui, car le titulaire d'un marque ou d'un brevet bénéficie d'un monopole d'exploitation, d'un droit privatif, exclusif, d'une propriété au sens large du mot, à laquelle le contrevenant a porté atteinte..."

LUIS JOSSEAND⁷²

72. "¿Dónde descubrir el criterio que permita distinguir el acto permitido del acto prohibido, la competencia lícita de la competencia indebida?... una usurpación, un verdadero avasallamiento sobre los derechos del otro, es el caso del industrial que utiliza la marca de un competidor o que fabrica los productos para los cuales aquél posee una patente. Actuando así,

IX.1. El art. 51 del ADPIC

El "Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio" (conocido por sus siglas "ADPIC" en idioma español o francés y con la siglas TRIP's en idioma inglés) fue aprobado en el Acta final de la Ronda Uruguay del GATT que creó la Organización Mundial del Comercio, celebrada de Marrakech en abril de 1994. La República Argentina lo aprobó a través de la ley 24.425.

El art. 51 de ese acuerdo se refiere a la suspensión del despacho por parte del servicio aduanero y establece que:

"Los (Estados) miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos para que el titular del derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan al derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio".

En los siguientes artículos 52 a 60 se regula el procedimiento. En principio el procedimiento, como vemos al leer el art. 51 antes transcrito, descansa en la iniciativa adoptada por el titular de un derecho afectado. Ello se debe a que

nos hallamos ante prohibiciones que en su casi totalidad, dependen de contratos celebrados entre particulares y a cuyo respecto, en países con una estructura constitucional como el nuestro, el funcionario aduanero además de ser un tercero ajeno a dicha relación contractual y desconocer las circunstancias que podrían haber dado lugar a la controversia, carece de competencia para juzgarlos por tratarse de un típica función judicial.

No obstante, el art. 58 del ADPIC posibilita que los Estados Miembros instruyan a las autoridades aduaneras competentes para que actúen por iniciativa propia, "de oficio", suspendiendo el despacho aduanero de las mercaderías respecto de las cuales tuvieren la presunción de que infringen un derecho de propiedad intelectual. Pero autoriza a que la autoridad interviniente pida al titular del derecho la información útil para ejercer esa facultad y además, ordena la notificación sin demora al importador y al titular del derecho, de manera que si el primero de ellos recurre de la medida, ésta deberá ser levantada dentro de un plazo que no podrá superar los diez días, dentro de los cuales el titular podrá obtener una medida cautelar judicial.

El Código Aduanero previó como prohibiciones de carácter económico a las que tuvieren por fin proteger los derechos de propiedad intelectual, industrial o comercial (art. 609 inciso f) así como también para resguardar la buena fe comercial a fin de impedir las prácticas que pudieren inducir a error a los consumidores. No obstante, el articulado no había incursionado en estas cuestiones. Más tarde la República Argentina adhirió al ADPIC a través de la ley 24.425, pero tampoco dictó norma alguna tendiente a reglamentar estas disposiciones. No obstante, una empresa, titular de una patente de invención, obtuvo del juez en lo civil y comercial federal una medida previa basada en el ADPIC,

este productor comete una verdadera usurpación; hace más que abusar de su derecho; directamente ataca el derecho del otro, actúa sin derecho; comete un delito, el delito de falsificación... Se impone la comparación con el acto cumplido sobre el dominio de otro: el falsificador al igual que el individuo que realiza actos posesorios sobre un fundo ajeno, usurpa efectivamente, literalmente, la propiedad de otro, porque el titular de una marca o de una patente, beneficiado con un monopolio de explotación, de un derecho proprivativo, exclusivo, de una propiedad, en el sentido amplio del vocablo, a la cual el transgresor intenta atacarla...". Louis Jossierand, «De L'Esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'abus des droits», Paris, Librairie Dalloz, 1927, pag. 217 y 218.

mediante la cual la aduana debía informar a esa empresa o a la cámara que la representaba, sobre las importaciones de "compact disc" respecto de los cuales esa firma poseía derechos a regalías por patente de invención, a fin de determinar si se encontraban autorizadas o no⁷³. Ese antecedente jurisprudencial se produjo mucho antes que el artículo 46 de la ley 25.986 introdujera por primera vez una reglamentación legal del art. 51 del ADPIC en nuestro país.

IX.2. Las medidas proyectadas en los proyectos de ley y de decreto tendientes a implementar el art. 51 del ADPIC.

A mediados del año 2004 circulaban tres proyectos de ley tendientes a reglamentar el artículo 51 del ADPIC. Uno preparado por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial⁷⁴, otro preparado por el Diputado Ritondo⁷⁵ y un tercero con la autoría del Diputado Iglesias⁷⁶.

Mientras el proyecto de ley del INPI reivindi-

caba la intervención judicial en materia de medidas en frontera relacionadas con mercadería supuestamente falsificada o pirata, el proyecto del Diputado Ritondo así como el del Diputado Iglesias contemplaban la prohibición de importación de mercadería con marcas falsas, lo que posibilitaba que la aduana interviniera de oficio.

En forma paralela, los agentes de propiedad industrial, propusieron el dictado de un decreto del Poder Ejecutivo estableciendo un procedimiento para que la aduana advirtiera a los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las solicitudes de destinación aduanera de productos que llevaran sus marcas, a fin de que los mismos tuvieran un plazo razonable para solicitar ante el juez competente medidas cautelares que neutralizaran las maniobras irregulares. Este último proyecto consideraba innecesaria una modificación legal por considerar que la normativa de la ley de marcas vigente en Argentina era suficientemente clara y moderna como para no requerir de nuevas normas legales⁷⁷.

73. Es el caso de la empresa Philips.

74. El proyecto del INPI contaba con trece artículos. El mismo se estructuró teniendo en cuenta el caso "Philips", quien obtuvo de un juez federal una medida cautelar, a través de la cual la aduana debe darle intervención en las importaciones de determinados productos protegidos. Así el proyecto se basaba en la iniciativa del titular del derecho afectado, quien podía solicitar ante el juez una medida cautelar para que la Aduana permitiera la verificación de la mercadería y se detuviera el despacho en caso que así lo solicitara el particular. En tal caso el agente aduanero que detectare mercaderías sospechadas de tener marca falsificada o ser mercaderías "pirata", no las despachará y dentro del plazo de intervención establecido en la decisión judicial, dará la posibilidad al titular para que las revise y obtenga las medidas judiciales pertinentes.

75. El proyecto del Diputado Ritondo contaba con veinte artículos y reformaba las leyes 22.362 y 25.246 agravando la situación penal de las personas físicas que actuaren como órganos de la persona jurídica involucrada o bien que se aprovecharen de la estructura jurídica de la misma. Por el art. 10 creaba un registro de Nacional de Marcas en Aduana, en el cual los titulares registrarían sus marcas, dándole a los titulares así registrados, facultad para impedir el ingreso o egreso de mercadería con su marca registrada o mercadería de idénticas características. Exigía una declaración acerca de las marcas de la mercadería que se iba a importar o exportar con una antelación de diez días hábiles a que se efectivizara la importación o exportación en cuestión, suspendiendo el servicio aduanero el libramiento hasta que se hubiera transcurrido ese plazo (art. 17). Si el titular de la marca se opusiera al ingreso o egreso de la mercadería debía iniciar las acciones judiciales correspondientes dentro de los diez días hábiles (art. 19). Sin perjuicio de ello facultaba expresamente a la aduana a prohibir directamente el ingreso o el egreso de mercadería falsificada (art. 18).

76. El proyecto del diputado Iglesias contaba con doce artículos. Por su art. 2 prohibía bajo cualquier destinación aduanera, la importación o exportación de mercadería con marcas de fábrica o de comercio falsificada o en violación a los derechos de autor (mercadería "pirata") o que vulneren los derechos protegidos por los convenios internacionales y por las leyes. Exceptuaba el caso de tránsito directos (art. 297 inciso a del Código Aduanero), las mercaderías que hubieren sido puestas en el comercio o elaboradas con consentimiento del titular de la marca o la denominación de origen o geográfica protegida, de la patente o certificado complementario de protección, de los derechos de autor y derechos conexos o del derecho sobre dibujo o modelo industrial y que se encontraran en zona primaria o si las mercaderías hubieran sido fabricadas en condiciones distintas de las convenidas con el titular de esos derechos. También excluía las mercaderías bajo el régimen de equipaje y los envíos postales sin fines comerciales. Por último se establecía el procedimiento para el caso que el titular del derecho pudiera solicitar una medida cautelar judicial para suspender el despacho aduanero de manera similar al proyecto del INPI.

77. Este proyecto fue defendido por el Dr. Miguel O'Farrell, tanto en las reuniones realizadas en la Aduana como en las Jornadas de Posadas de octubre de 2004, que son mencionadas más adelante.

En los días 26 de agosto y 8 y 30 de septiembre del 2004, la Dirección General de Aduanas desarrolló reuniones a las cuales invitó a diversas instituciones del sector privado así como a funcionarios de diversas áreas de la administración para tratar los cuatro proyectos en cuestión. El Instituto Argentino de Estudios Aduaneros⁷⁸, expuso:

a) que la detención de la mercadería en aduana, fuere de oficio o a petición de parte, debía ser de carácter excepcional y al solo efecto de obtener de un juez una medida cautelar, cuyo mantenimiento se encontrare supeditado a la iniciación de la acción de fondo dentro de los plazos establecidos para este tipo de situaciones que, en materia nacional se rige por lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

b) que la referencia que el art. 51 del ADPIC hace a la autoridad competente, sea administrativa o judicial, se debe a que el Acuerdo está destinado a todos los países del mundo entre los cuales se reconocen diferentes regulaciones constitucionales pero que, en Argentina, la administración puede ser controlada judicialmente mientras que en otros países el control administrativo puede descansar en órganos no judiciales. Por ello consideró plausible el proyecto de ley presentado por el INTI que exige la intervención del juez federal para el decreto de medidas cautelares en materia de importación de mercaderías con marcas falsificadas, o mercaderías piratas que lesionaren los derechos de autor pues sólo ellos se encontraban en condiciones de determinar si esta irregularidad realmente existía o no;

c) que a fin de advertir a los titulares de los derechos de propiedad intelectual acerca de la existencia de importaciones a realizarse, se podía aceptar un sistema de advertencia previa a los titulares para que ellos se constituyeran en

la Aduana a verificar, y de esa manera poder articular los pedidos de medidas cautelares ante los jueces competentes;

d) que el plazo de detención de la mercadería a fin de posibilitar la revisada por el titular de la marca y la eventual traba cautelar por orden judicial, debía ser exiguo a fin de no permitir el perjuicio que ese tipo de procedimientos pueden causar, dando por ejemplo, el caso de mercadería importada para su venta con motivo de fin de año, día del niño o fechas similares en los que la competencia actuando deslealmente puede arruinar al importador con una pretensión sin fundamento.

e) que hasta ese momento las preocupaciones se habían centrado en las marcas de fábrica y que era necesario contemplar también la importación de mercaderías pirata en violación a los derechos de autor, especialmente en lo referente a videogramas, fonogramas y software, destacando que, desde el punto de vista operativo, era más riesgoso otorgar atribuciones de oficio a la Aduana para verificar la presencia de mercadería "pirata", dado que en esas circunstancias (salvo pocas excepciones) no cabía la posibilidad de comparar signos distintivos como sucedía en materia marcaria. También se expresó que en el caso de los derechos de autor respaldarse en el registro no era una solución, ya que no se requiere el registro para tutelar los derechos morales de autor, que es el afectado esencialmente por la usurpación de derechos que implica la piratería, por lo que, más que nunca se hacía necesaria la participación de los tribunales y de los particulares afectados

El tema fue objeto de debate en las Jornadas Nacionales de Derecho Aduanero organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y desarrolladas en Posadas los días 28 y 29 de octubre de 2004⁷⁹. En esa oportunidad el Dr. García Prieto refirién-

78. El que esto escribe tuvo el honor de representar al Instituto Argentino de Estudios Aduaneros en esas reuniones. El Dr. Javier F. Nuñez brindó al Instituto su asesoramiento en materia de derechos de marca, denominaciones de origen y, especialmente, en lo relativo a la importación y exportación de "software".

79. Las Jornadas fueron organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, y auspiciadas por la Procuración General de la Nación, el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y la Cámara Argentina de la Industria del Tabaco y se realizó bajo la presidencia del autor de este trabajo quien actuó, además, como moderador en los debates. En la segunda Jornada se refirieron a este tema los expositores Dr. Horacio García Prieto, Dr. Miguel O'Farrell, Dr. Javier F. Nuñez y Lic. Carlos Milsztain.

dose al aspecto marcario, sostuvo que debían distinguirse a los "productos de fabricación concentrada", tales como relojes, computadoras, teléfonos y otros productos generalmente sofisticados en los cuales la marca está unida a determinado diseño, calidad y propiedades, que permiten determinar la autenticidad o falsedad mediante el examen físico de la mercadería, de los "productos de fabricación dispersa", tales como zapatillas, remeras, camisas, bolígrafos y otros productos con marcas también prestigiosas pero que usualmente son de consumo masivo y bajo precio, para cuya fabricación el titular de la marca suele otorgar numerosas licencias a fabricantes ubicados en muchos países.

Respecto de estos últimos la diferencia entre el producto fabricado y puesto en el comercio en violación a derechos de propiedad industrial respecto del fabricado y puesto en el comercio legítimamente, no suele poder establecerse mediante el simple examen físico de la mercadería. A ello debe añadirse el peligro de favorecer medidas de competencia desleal tales como que el licenciatario de la marca ubicado en el país de importación impida la importación de productos que llevan legítimamente la misma marca en virtud del contrato que el titular hizo con otro licenciatario en otra parte del mundo (caso de las denominadas "importaciones paralelas").

Por su parte el Dr. Javier F. Nuñez reiteró lo expresado ya en las reuniones celebradas en la aduana respecto de la dificultad que entrañaba el control de oficio de la aduana sobre la mercadería "pirata" que, por las circunstancias del derecho involucrado requería del auxilio de los particulares involucrados.

IX.3. El anteproyecto remitido por la A.F.I.P. al Congreso y su posterior rectificación

En forma paralela la A.F.I.P. había remitido al Congreso el proyecto original del llamado "Plan Antievasión II" (que con las modificaciones del caso se convirtiera en la ley 25.986) en el cual el tema se encontraba distribuido en dos artículos que expresaban lo siguiente:

"Art. 45.- Prohíbese la importación de mercaderías con marca de fábrica o de comercio

falsificadas. La presente prohibición comprende a toda mercadería, incluido su embalaje, que lleve puesta, sin autorización, una marca de fábrica o de comercio idéntica a la válidamente registrada para tales mercaderías; o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales, de esas marcas, y de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca le otorgue la legislación nacional.

Queda prohibida también la importación con fines comerciales de las mercaderías incursas en actos de piratería lesiva del derecho de autor. Se entenderá por "mercadería pirata" cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación vigente en nuestro país".

"Art. 46.- La prohibición dispuesta en el artículo anterior será aplicada también cuando: a) se utilice directa o indirectamente, indicaciones falsas o capaces de crear confusión por cualquier medio que sea concerniente a la procedencia, origen, o la identidad del fabricante o comerciante de la mercadería; b) se utilicen indicaciones falsas o capaces de crear confusión por cualquier medio que sea respecto de la calidad, especie, pureza, mezcla, prestaciones, falta o agregado de indicaciones o aseveraciones, cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudiera inducir al público a error o engaño sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

El texto mereció críticas por parte del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y otras instituciones del comercio exterior. Se cuestionó el exceso de discrecionalidad del funcionario aduanero para determinar la prohibición de importación de mercaderías que no se encontraba con capacidad para juzgar si la mercadería era falsificada o "pirata". En el aspecto marcario se hizo hincapié en el error de incluir como prohibida la mercadería que podía presentar "similitud confusionista", es decir cuando la marca no es exactamente igual que la que se intenta

proteger pero que, por alguno de sus rasgos gráficos o de diseño, pudiera provocar en el consumidor una asociación de ideas con la marca registrada, pues el considerar que hay prohibición pasaría a constituir una tarea en la cual hay una gran dosis de discrecionalidad, más propia de un juez que de un agente aduanero, sobre todo si de esa decisión depende nada menos que la prohibición de importar, sin posibilidad de librar a plaza bajo garantía y con la amenaza de graves penas contempladas para casos notoriamente reprochables.

También se cuestionó la inclusión de esa facultad en materia de mercadería "pirata" pues el carácter irregular de la misma surge generalmente del incumplimiento de deberes propios del derecho privado entre el fabricante y el titular del derecho de autor. En otras palabras, no se quería que el funcionario aduanero asumiera funciones judiciales para predeterminedar a través de una restricción al comercio la eventual existencia de actos irregulares en el cumplimiento de contratos privados.

Asimismo mereció crítica el establecer una prohibición aplicable "de oficio" por el funcionario aduanero lo que podía alentar actos de corrupción por parte de malos funcionarios aduaneros que pretextaren dudas a fin de restringir el libramiento de la mercadería a plaza con el agravante de las severas penas contempladas para el caso de declaración inexacta de mercaderías prohibidas (art. 954 inciso b) que van de una a cinco veces el valor de la mercadería en sí misma y, adicionalmente la imposibilidad de poder discutir la medida librando la mercadería a plaza bajo el régimen de garantía, ya que dicho régimen se encuentra prohibido en los casos en que se procurare determinar la aplicación de una prohibición (art. 458, inciso c).

Las críticas al anteproyecto fueron comunicadas a las autoridades de la A.F.I.P. a través de la Dirección General de Aduanas y también se

hicieron saber a los diputados y senadores que integraban las Comisiones que intervenían en el estudio de esta ley. Afortunadamente la A.F.I.P. fue permeable a estas observaciones y propuso al Congreso la modificación del texto original de la manera en que figura en el art. 46 que comentamos.

IX.4. El texto del art. 46 de la ley 25.986.

El art. 46 que se inspiró en el artículo 16 de la ley n° 19.912 de la República de Chile que adecuó la legislación de conformidad con el ADPIC⁸⁰ contempla dos supuestos: uno es el caso en el cual la irregularidad surge de manera evidente en la verificación, el otro es el procedimiento que debe seguirse en caso de haber sospechas de irregularidad sin que ella se manifieste de manera evidente.

El primer párrafo se refiere al supuesto en que de la simple verificación que la aduana hiciera de la mercadería, resultare evidente que la misma lleva una marca de fábrica o de comercio falsificada o que se trata de una copia pirata, es decir de una mercadería en la cual se encuentran incorporados derechos de autor sin autorización de su titular. En este caso en que la irregularidad surge en forma manifiesta ante el verificador, se aplica la prohibición de importación o de exportación de la mercadería en cuestión, según fuere el caso, tanto respecto de destinaciones aduaneras definitivas como también para las suspensivas. Esto último implica una excepción a la norma prevista en el art. 613 del Código Aduanero conforme con el cual las prohibiciones de carácter económico no son de aplicación cuando se tratara de destinaciones aduaneras suspensivas.

Esta redacción supera con creces la que se encontraba originalmente prevista en el anteproyecto que la AFIP remitiera al Congreso en el artículo 46 y que hemos transcripto en párrafos

80. Dicha disposición de la ley chilena dispone que la autoridad aduanera puede disponer de oficio la suspensión del despacho de mercadería, cuando del simple examen de la misma resultare evidente que se trata de mercancía de marca registrada falsificada o que infringe el derecho de autor. No obstante añade que la aduana debe informar al titular del derecho si estuviere identificado, acerca de la posible infracción para que éste ejerza el derecho a solicitar la suspensión del despacho, por un plazo máximo de cinco días hábiles para obtener una orden judicial de mantención de dicha suspensión y, en especial para que proporcione información acerca de la autenticidad de las mercancías sin perjuicio de la denuncia de ley a cargo de la Aduana.

precedente, en la cual la prohibición no se limitaba a los casos de irregularidad notoria y se extendía a supuestos muy amplios, tales como similitud confusionista, que implicaban autorizar a los agentes aduaneros al ejercicio de una alta e inconveniente discrecionalidad.

En un segundo párrafo se contempla el supuesto contrario, es decir cuando esta irregularidad no surgiera de manera evidente. A fin de evitar abusos de discrecionalidad este caso no implica prohibición de importar o de exportar pero, no obstante, habría una restricción para el libramiento a plaza de la mercadería, en la medida en que el servicio aduanero tiene la facultad de suspender temporalmente el libramiento para consultar al titular del derecho y darle la oportunidad de requerir al juez competente las medidas cautelares que le pudieran corresponder.

Si bien el sector privado consideraba que el plazo debía ser muy exiguo y propuso que oscilara entre tres y cinco días hábiles, el legislador lo extendió a siete días hábiles.

En busca de un sistema que permitiera articular un equilibrio entre la agilidad del comercio y la persecución del fraude, la ley ha hecho uso de cierto pragmatismo, determinando que la importación o la exportación (según el caso) debe considerarse prohibida sólo cuando la irregularidad fuera patente y manifiesta, pero cuando la irregularidad no se presentara de manera manifiesta, cabe privilegiar el flujo del comercio presumiendo su legitimidad, salvo que el juez, a instancia del titular del derecho invirtiera ese principio.

El ADPIC denomina "derechos de propiedad intelectual" a una amplia gama de derechos que incluye no sólo a los derechos de propiedad intelectual propiamente dichos (derechos de autor) amparados por la ley 11.723, sino también a los que en nuestro ordenamiento son conocidos como derechos de "propiedad industrial".

La ley 25.986 protege no sólo el derecho de marcas y las patentes de invención, sino también a "*otros derechos de propiedad intelectual o de propiedad industrial que al titular le otorgue la legislación nacional*". De tal manera el

art. 46 de la Ley 25.986 incorpora a los derechos de autor (ley 11.723, entre los cuales la ley 25.036 comprendió expresamente al "software" de computación), los derechos de marcas de fábrica o de comercio y designaciones comerciales (ley 22.362), las patentes de invención y los modelos de utilidad (ley 24.481), los dibujos y modelos industriales (decreto ley 6673/63), las obtenciones vegetales (ley 20.471), las denominaciones de origen (ley 25.163 para vinos y leyes 25.380 y 25.966 para productos alimentarios y agrícolas) y los secretos confidenciales (ley 24.766)⁸¹. Pese a ello, será muy difícil que las llamadas "medidas en frontera" puedan en la práctica implementarse más allá de los derechos de autor y de marcas o, como en el caso "Philips", de algunos casos muy especiales de patentes de invención.

El último párrafo del art. 46 delega en la reglamentación las condiciones y el procedimiento para poner en práctica estas reglas. Ello requerirá de un decreto del Poder Ejecutivo que será crucial para determinar la equidad del sistema. Téngase en cuenta que el art. 55 del ADPIC establece un plazo no superior a diez días hábiles para que los titulares inicien acciones cautelares o de fondo para hacer valer sus derechos, de manera que transcurrido ese plazo sin que el servicio aduanero sea notificado de una medida cautelar, debe permitir el libramiento a plazo. Dado que los diez días es un plazo máximo, el fijado por la ley en siete días hábiles se encuentra validado por el Acuerdo.

En una segunda etapa y con independencia de que se haya interpuesto la medida cautelar antes de los siete días hábiles, el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación decreta la caducidad de las medidas cautelares que se hubieran ordenado y hecho efectivas, si no se interpusiere demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba.

El tercer párrafo del art. 46 dispone que en el caso en que la irregularidad no fuera evidente y la mercadería se librara a plaza en virtud que el titular de la marca o derecho de autor en cuestión no ejerciera derecho alguno, el servicio aduanero, pese a ello, está obligado a comuni-

81. El carácter de propiedad intelectual sobre la información no divulgada surge del art. 39 del ADPIC.

car sus dudas a la autoridad competente en la defensa del derecho del consumidor, rescatando así la intención que lucía en el anteproyecto originario del Plan Antievasión II (art. 46 inciso b) de dicho anteproyecto).

X. LA SUBASTA DE LA MERCADERÍA EN SEDE ADUANERA AUNQUE SE ENCUENTRE AFECTADA A UN PROCESO JUDICIAL O A UN SUMARIO

X.1. La Ley 25.603

La ley 25.986 modificó el art. 6° e incorporó un art. 13 bis en la ley 25.603 (B.O.12/7/02) que había introducido la institución de la "afectación" de mercadería existente en aduana para ser utilizada en acciones de asistencia social o para equipamiento de los organismos públicos. Para comprender las modificaciones introducidas por la ley 25.986 nos parece necesario ocuparnos de la ley 25.603 que estableció reglas parcialmente modificatorias del sistema de comercialización existente en el Código Aduanero sin incluirlas dentro del sistema. Hubiera sido mejor respetar el sistema del propio Código Aduanero y reemplazar o sustituir las normas en él existentes, especialmente los arts. 418 y 419, sin embargo decidió legislar por separado superponiéndose con el régimen vigente lo que lleva a tener que hacer un esfuerzo interpretativo lleno de riesgos.

El art. 1° modificó el plazo de publicación contemplado en el art. 417 del Código Aduanero reduciendo los tres días de publicación a tan sólo un día, sin mayores modificaciones. El art. 2° modificó implícitamente los arts. 418 y 419 del Cod. Aduanero. El art. 418 que disponía que no se podía proceder a la venta antes de que transcurrieran 60 días corridos contados desde la última publicación, lo que fue modificado, autorizando que la venta se pudiera realizar transcurridos 30 días corridos contados desde la única publicación que ahora se prevé. Ello incidió indirectamente en los alcances del inciso a) del art. 419 en cuanto se refiere al mencionado plazo del art. 418 que ahora es de 30 días.

El art. 3° de la ley 25.603 modificó el art.

419 del Código, eliminando el supuesto que se contemplaba en el inciso a) del mismo (venta de la mercadería a cuyo respecto hubiera transcurrido el plazo posterior a la publicación de los anuncios) en la medida en que dicho supuesto se encuentra ahora contemplado en los arts. 1 y 2 de la citada ley. Por otra parte los incisos a), b) y c) del art. 3° de la referida ley se corresponden exactamente con los incisos b), c) y d) del art. 419 del Código Aduanero.

X.2. Excesiva amplitud de la ley 25.603 en la indicación de la mercadería que estaría incluida en las disposiciones de los artículos 4 y 5 de "la nueva ley"

Los arts. 4° y 5° de la ley 25.603 introdujeron supuestos en los cuales el servicio aduanero debe "poner a disposición" de la Secretaría General de Presidencia de la Nación determinado tipo de mercadería para que sea "afectada" con el fin de ser utilizada en acciones de asistencia social o para equipamiento de los organismos públicos.

El art. 4° lo dispone respecto de "alimentos, artículos para la higiene personal, ropa de cama y de vestir y calzado, todas ellas mercaderías básicas y de primera necesidad y medicamentos". Por su parte el art. 5° lo dispone respecto de "mercadería que por su naturaleza resulte apta para el debido cumplimiento de las actividades específicas asignadas a los diversos organismos del Estado Nacional". Esta indicación de la mercadería es amplia y, por lo tanto de una gran vaguedad. En el caso del artículo 5° en donde la individualización de la mercadería no depende de su naturaleza (pese al vocablo mal empleado en la norma) sino de las necesidades de los organismos del Estado, posibilita que en la práctica pueda incluirse dentro de esta categoría cualquier tipo de mercadería.

X.3. Los arts. 4 y 5 de la ley 25.603 no obviaron la previa publicación respecto de la mercadería allí referida

Cabe preguntarse si respecto de las mercaderías indicadas en los arts. 4° y 5° la ley 25.603

está obviando la necesidad de la publicación contemplada en el art. 1º. A nuestro juicio el art. 1º sienta una regla general que no está desautorizada por los arts. 4 y 5.

Los referidos artículos no hacen referencia a la previa publicación, pero a nuestro entender, ello no significa que el art. 1º no sea igualmente aplicable. Advuértase que el mandato para proceder a la venta de la mercadería contemplado en el art. 2º de la mencionada ley está en una norma diferente de la que ordena la publicación de la misma en el art. 1º lo que le da a ésta un carácter general.

No descartamos que el Poder Ejecutivo estará tentado de considerar que la redacción de los artículos 4 y 5, al no hacer referencia al transcurso de los treinta días corridos, (como sí lo hace el art. 2º) está obviando la necesidad de esos anuncios. No obstante, entre dos interpretaciones posibles debe buscarse aquellas que más se compadezca con los derechos y garantías constitucionales⁸². Por ello consideramos que la "puesta a disposición de la Secretaría General de la Presidencia" mencionada en los arts. 4 y 5 solamente debería proceder cuando ya se hubieren publicado los anuncios y nadie hubiera solicitado la destinación pertinente, pues de tal manera se respetarían los requisitos de procedimiento tendientes a garantizar la garantía constitucional del derecho de propiedad por parte de quienes tuvieran derecho a la disponibilidad jurídica de la mercadería, brindándoles la oportunidad de enterarse de que hay en la aduana mercadería arribada a su consignación.

Entendemos que hay una contradicción entre el encabezamiento del apartado del art. 7º que autoriza que "cuando se dispusiere la afectación de la mercadería" el titular de la mercadería pueda solicitar su destinación definitiva, y el inciso b) que dispone que en tal caso debe hacer el depósito de los tributos y las multas "antes" de que el servicio aduanero pusiere la mercadería a disposición de la Presidencia, ya

que esto último sucederá antes de la "afectación" antes indicada. Por otra parte, esta interpretación es la más coherente a la luz de lo dispuesto en el art. 7 de la ley, conforme con el cual se le permite al titular (es decir, a quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería) a que "con anterioridad a que el servicio aduanero ponga la mercadería a disposición de la Secretaría General de la Presidencia" pueda rescatar la mercadería solicitando para ella una destinación aduanera autorizada y ¿cómo podría enterarse a los fines de hacer valer sus derechos si ni siquiera fue publicada esta situación de peligro para los mismos?

Recordemos que muchas veces el destinatario no se entera del arribo de la mercadería adquirida en el exterior por fallas en el envío por parte del proveedor extranjero (por ejemplo, mala indicación de su dirección) o bien por fallas de organización del agente de transporte aduanero encargado de avisarle del arribo. Esto último es más común de lo que se cree.

X.4. La afectación de la mercadería

Tanto en el art. 4º como en el art. 5º se contempla la "afectación" de dicha mercadería, lo que modifica el criterio que emana del art. 422 del Código Aduanero para el cual la regla es la venta y la adquisición para el Estado es la excepción. Esta afectación ¿implica "compra" o "confiscación"? Para responder esta pregunta debemos primero despejar la duda acerca de si los arts. 4º y 5º constituyen o no una excepción a lo dispuesto en el art. 422 inciso b) del Código Aduanero.

Consideramos que el titular de la mercadería tiene derecho al cobro del valor de la misma y que, en tal caso dicho valor debería estar representado (según el art. 422, inciso b) por el valor de base con más un 10%.

Dado que la indemnización contemplada para quienes tuvieran derecho a la mercadería pre-

82. Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la interpretación de la ley debe practicarse computando la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente y del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución, prefiriéndose la inteligencia que favorezca y no que dificulte aquella armonía (C.S.J.N., Fallos 143:118; 183:241; 189:248; 194:371; 255:192; 255:360; 258:17; 258:75; 261:89; 262:41; 262:470; 262:477; 263_63; 263:309; 263:460; 267:478; 281:146; 288:419; 303:248, 578, 600 y 957).

vista en el art. 12 de la ley 25.603 sólo se refiere a los casos del art. 6° (ahora modificado por la ley 25.986 pero igualmente referido a mercaderías que, hallándose bajo custodia aduanera, estuvieren sometidas a procesos judiciales o administrativos en trámite), consideramos que la interpretación que hacemos es la correcta y que, por lo tanto, si estos bienes fueren afectados deberá respetarse como precio implícito a los fines del resarcimiento del propietario, lo dispuesto en el art. 422 inciso b) antes mencionado. De lo contrario el art. 12 debería ser denunciado por inconstitucionalidad.

X.5. La afectación de la mercadería sometida a proceso judicial o a sumarios administrativos y la modificación de la ley 25.986

El art. 6° del texto original de la ley 25.603 disponía que el servicio aduanero debía "poner a disposición" de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, los bienes sometidos a procesos judiciales o administrativos en virtud de los cuales se hubieren retenido las mercaderías y que se encontraran bajo custodia de la aduana, salvo que mediare oposición del juez interviniente o funcionario administrativo competente, fundada exclusivamente en la necesidad de asegurar las pruebas pendientes, y previa extracción de muestras, clasificación arancelaria y valoración de las mismas.

La Ley 25.603 ha modificado esta disposición estableciendo que ahora será el servicio aduanero quien podrá disponer la venta, previa verificación, clasificación y valoración de la mercadería, quitándole así la competencia a la Secretaría General de la Presidencia.

Si bien consideramos beneficios apartar a aquél organismo de estas actividades típicamente aduaneras, no dejamos de advertir la gravedad del hecho de que se pretenda que la decisión aduanera prevalezca sobre la voluntad del juez

quien es la máxima autoridad en materia judicial. En efecto, el segundo párrafo del nuevo art. 6° introducido por la ley 25.986 dispone que con anterioridad a la venta y para proteger la prueba relacionada con los procedimientos, la aduana debe "notificar" de la medida a la autoridad judicial o administrativa⁸³ para que ésta indique en un plazo de diez días la muestra representativa de la mercadería secuestrada que deberá conservarse a las resultas del proceso. Como se advierte el derecho al pataleo del juez se limitaría (siempre que la Constitución Nacional lo consintiera), a indicar que es lo quiere retener en carácter de muestra representativa. El último párrafo del nuevo artículo dispone que en el caso de tratarse de tabaco o sus derivados, la aduana procederá a su decomiso y destrucción.

Recordemos que dicha mercadería puede hallarse a disposición del juez o del administrador a cargo del sumario en estos casos:

a) cuando la mercadería estuviere afectada a un proceso judicial por haber sido objeto del delito de contrabando o encubrimiento de contrabando en cuyo caso la pena, entre otras, pudiera ser la de comiso (art. 876 inciso a, del Código Aduanero);

b) cuando la mercadería, pese a no ser objeto del delito, estuviere igualmente afectada a un proceso judicial por tratarse de un transporte o instrumento empleado en la comisión del delito de contrabando en cuyo caso la pena, entre otras, pudiera ser la de comiso que en caso de pertenecer a un tercero ajeno, podrá ser redimible por multa (art. 876 inciso b, del Código Aduanero);

c) cuando la mercadería se encontrare detenida, interdicta o secuestrada en un sumario infraccional (art. 1085 del Código Aduanero); en cuyo caso debe distinguirse según que:

c-1) se previere una pena de comiso;

c-2) no se previere el comiso pero el imputado no hubiera hecho uso del retiro de la mercadería bajo el régimen de garantía.

Pero quizás lo más irritante desde el punto

83. Como se está haciendo costumbre en toda la legislación que tiene su fuente en la A.F.I.P., el agente administrativo sólo comunica al juez lo que éste debe tolerar que se haga en su proceso. Esta misma conducta se advierte en el art. 92 de la Ley 11.683 relativo a la ejecución judicial, ahora aplicable en el ámbito aduanero en virtud de la modificación del art. 1126 del Código Aduanero por la ley 25.986.

de vista constitucional sea el agregado en la última parte del nuevo art. 6° reformulado, en donde se expresa que *"en el supuesto de tratarse de tabaco o sus derivados, el servicio aduanero procederá a su decomiso y destrucción"*. Sin perjuicio de llamar la atención que se introduzca la utilización del vocablo "decomiso" en vez de su sinónimo "comiso", que es el utilizado por el Código Aduanero en sus disposiciones penales, resulta absurdo que hallándose la mercadería sujeta a un sumario o a un proceso judicial en el cual se dirimirá si corresponde o no la pena de comiso o de multa, la aduana, por sí, proceda a anticipar la pena de comiso sin siquiera, ya no acatar, sino escuchar previamente al juez de la causa, reemplazándolo en su función judicial. Así el Poder Legislativo desplazó al juez natural sustituyéndolo por un organismo del Poder Ejecutivo y haciéndolo prevalecer sobre aquél, facultándolo además a que aplique penas sin juicio previo. Todo lo cual es groseramente inconstitucional.

X.6. La afectación de la mercadería sometida a proceso judicial o a sumarios administrativos supone la aplicación anticipada de una pena de comiso sin que aún hubiera sentencia y aún para los casos en que el presunto hecho ilícito ni siquiera contemplara como sanción semejante pena

La disposición del art. 6° de la Ley 25.603 es de cuestionable política legislativa, ya que quien hubiera sido acusado indebidamente y se le hubiera detenido, interdicto o secuestrado la mercadería por la presunta comisión de un hecho ilícito, puede llegar a perder la mercadería antes

de que sea sobreesfido o declarado absuelto en el sumario o en el proceso, lo que implicaría el adelantamiento de una condena de comiso, pese que la pena prevista por la ley no fuera la de comiso sino otra de menor entidad (como la de multa) y sin que aún hubiera recaído sentencia. Piénsese en el caso en que se tratara de una injusta acusación de un delito o de una infracción que culmine en sobreesimiento o absolucón en un momento en el cual el titular ya no puede disponer de su mercadería.

Esto tiene su correlato en lo dispuesto en el art. 12⁸⁴ en el cual se contempla que, en esos supuestos, se deberá reclamar al Estado una indemnización a la cual, por otra parte, se le pone un tope máximo que puede ser exiguo frente al perjuicio ocasionado (pensemos en una máquina especialmente hecha fabricar para la línea de montaje de una fábrica cuya falta pudiera interrumpir la actividad de la empresa); lo que puede ser objeto de inconstitucionalidad de la norma en cuanto restringe irrazonablemente la garantía del derecho de propiedad que se traduce en la necesidad de una reparación integral (art. 1109 del Código Civil, que por este medio se acotaría).

Tengamos en cuenta que la redacción del art. 12 de la ley 25.603 en el contexto original de la ley implicaba que el Estado se posesionaba de la mercadería e indemnizaba. Con el cambio producido en el art. 6 por la ley 25.986, cuando la mercadería en cuestión estuviere afectada a un proceso judicial o a un sumario administrativo, la "afectación" ya no se produce sino que se procede a la venta de la cual se obtendrá dinero que ahora puede responder por esas indemnizaciones. Es por ello que la ley 25.986 introdujo un art. 13 bis en el cual se dispone que *"El producido de las ventas que se lleven a cabo como*

84. El art. 12 de la ley 25.603 dispone: *"Si a resultas de los procesos judiciales o administrativos contemplados en el artículo 6° existieren terceros que tuvieren derecho a disponer de la mercadería sujeta a la afectación prevista en los artículos 4° y 5°, podrán reclamar al Estado nacional la indemnización respectiva. La resolución administrativa o sentencia judicial que recepte el reclamo, a los fines de la determinación del monto a indemnizar no podrá exceder el valor de aforo determinado por el servicio aduanero, sin perjuicio que a los fines de la determinación del monto a indemnizar deban ser aplicadas bajo pena de nulidad, las disposiciones de la ley 24.283"*. Recordemos que el art. 1° de esta última ley dispone que *"Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecido por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa, bien o prestación, al momento del pago"*.

consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6° de esta ley integrará un fondo destinado a resarcir a los titulares de la mercadería vendida, con derecho a percibir una indemnización, de conformidad con lo que disponga la reglamentación". Entendemos que con esta redacción el tope indemnizatorio contemplado en el segundo párrafo del art. 12 no es aplicable a los supuestos del art. 6° y que la reglamentación allí referida no podría limitar el tope indemnizatorio, pues la delegación legislativa está prohibida en el art. 76 de la Constitución Nacional y si bien la Corte ha interpretado que no lesiona el texto constitucional el hecho de que el poder legislativo deje librado al ejecutivo la redacción de detalles menores dentro de las políticas fijadas en la ley, nos parece que en el caso que nos ocupa no puede encuadrarse esta delegación en esa excepción ya que tratándose del resarcimiento tendiente a resguardar el derecho de propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional, las pautas para su restricción no pueden ser consideradas un mero detalle accesorio de la norma legal sino que pasa a ser el núcleo esencial del carácter confiscatorio o no de la medida.

X.7. El derecho a rescatar la mercadería a punto de ser "puesta a disposición de la Presidencia de la Nación".

El art. 7 de la ley 25.603 contempla un instituto parecido al que el Código Aduanero ubica en el art. 427 del Código Aduanero ("sobreseimiento en la subasta") aunque adaptándolo al supuesto en que la destinación definitiva culmine en "afectación" y no en la "venta" de la mercadería. No obstante, no permite el rescate de la mercadería antes de la afectación (como hubiera debido ser) sino que pone un límite temporal mucho más cercano, ya que impide el sobreseimiento de la afectación si el servicio aduanero ya hubiera puesto la mercadería a disposición de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

El apartado 2 del art. 7 modifica el art. 428 del Código Aduanero en cuanto extiende el plazo de 10 días a 30 días que, conforme al art. 1007 del Código Aduanero, debe interpretarse que son hábiles.

X.8. Exención de tributos que gravan la importación para consumo.

El art. 10 de la ley 25.603 exime de tributos a la importación definitiva del bien afectado. Dado que el art. 99 inciso 3 de la Constitución Nacional no permite que los decretos de necesidad y urgencia establezcan normas de carácter tributario, fue necesaria esta ley para rectificar anteriores errores institucionales. No obstante, en el caso en que hubiera sobreseimiento del titular, éste deberá abonar los tributos. El único caso en el cual el titular se beneficiaría con esta norma es aquél en el cual fuera de aplicación lo que hemos comentado respecto del art. 422 inciso b) del Código Aduanero.

X.9. La indemnización del tercero afectado por la medida

El art. 12 de la ley 25.603 dispone que si como consecuencia de los procesos judiciales o administrativos a los cuales se hallare mercadería bajo custodia aduanera, existieran terceros que tuvieran derecho a disponer de la misma y ésta estuviere sujeta a la afectación contemplada en los arts. 4 y 5, podrán reclamar al Estado nacional la indemnización respectiva. Añade en un segundo párrafo que la resolución administrativa o sentencia judicial que hiciera lugar al reclamo, no podrá determinar un monto a indemnizar que excediera el valor de aforo determinado por el servicio aduanero. A los fines de determinar ese monto exige bajo pena de nulidad que se apliquen las disposiciones de la ley 24.283.

Sin perjuicio que el tercero ajeno que tuviera derecho a disponer de la mercadería no puede verse afectado en su derecho de propiedad por una medida a la cual él es ajeno (piénsese en una persona que hubiera sido despojada por hurto o robo de la mercadería en cuestión) es irrito al régimen constitucional la limitación indemnizatoria a un valor que determinare la aduana y con topes establecidos por otra ley aniquilando el principio de la reparación integral. Esto convierte la norma en una vía de enriquecimiento sin causa con perjuicio de la persona despojada que violenta la garantía de la propiedad prevista

en el art. 17 de la Constitución Nacional, sin que haya razonabilidad en su dictado.

XI. AGRAVAMIENTO DE LAS PENAS Y SUS EFECTOS

XI.1. Incremento de las penas privativas de la libertad.

La ley 25.986 incrementó las penas privativas de la libertad para los delitos aduaneros. Así, los arts. 863 y 864, que contemplaban una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años para el contrabando, fueron modificados, elevando las penas a una escala de dos (2) a ocho (8) años. El art. 865 que contemplaba una pena de prisión de dos (2) a diez (10) años fue elevado a una escala de cuatro (4) a diez (10) años, con lo cual se excluyó la posibilidad de excarcelación y de exención de prisión, y se incorporó un nuevo inciso que agravó la pena en razón del valor de la mercadería.

El incremento de las penas de prisión en forma desproporcionada no suele ser una medida efectiva para desalentar la comisión del contrabando. La mayor eficacia corresponde, no a las penas más severas sino a las más proporcionadas y más justas, pues "la mayor virtud de una pena legal es su perfecta coincidencia con la valoración jurídica media de los bienes que tutela"⁸⁵ y la valoración de los bienes tutelados por el delito de contrabando – debemos reconocerlo – nunca ha sido muy importante en la opinión pública como lo es en otro tipo de delitos⁸⁶. De hecho, en materia de delito de contrabando sucede que el mayor riesgo que acarrea la agravación de las penas, el beneficio de quien delinque suele incrementarse.

XI.2. La fijación de un importe del valor a los fines de considerar el contrabando como calificado: introducción de un inciso i) en el art. 865.

En lo que se refiere al incremento de la pena prevista en el art. 865, ello será objeto de trata-

miento en el Capítulo siguiente por las características que posee desde el punto de vista procesal en cuanto a la excarcelación y la exención de prisión. En este caso nos detendremos en la incorporación de un inciso i) que contempla dentro del tipo penal agravado el supuesto en el que valor de la mercadería en plaza o la sumatoria del conjunto, cuando formare parte de una cantidad mayor, fuere equivalente a una suma igual o superior a \$ 3.000.000.-

Este nuevo inciso es la contrapartida de la fijación de un valor de la mercadería para considerar el "contrabando menor" contemplado en el art. 947 del Código Aduanero ya que, en este último, si la mercadería tuviera un valor inferior a cierta suma el delito surtirá los efectos de una mera infracción, mientras que en el caso del art. 865 del mismo Código, si el valor superare cierto otro importe la figura del contrabando simple se verá castigada con la pena prevista para el calificado.

Graduar la pena de acuerdo al valor de la mercadería que es objeto de delito no siempre es razonable ya que el valor jurídico (bien jurídico) tutelado por el ordenamiento no está matemáticamente tasado por el valor de lo hurtado, robado, defraudado o contrabandado. Esta proporcionalidad de la pena no debe hacerse por comparación con lo que valen los objetos delinquidos, sino en virtud de la relación con el disvalor social de la conducta que se intenta reprimir. Estos dos patrones no siempre coinciden.

No obstante, en el caso del contrabando, cuando este intentare tutelar el cumplimiento de aranceles o prohibiciones de carácter económico, el daño tendrá cierta relación con la magnitud de la mercadería que entra en plaza, por lo que puede aceptarse que, cuando este importe fuere insignificante, la gravedad de las consecuencias previstas para el delito de contrabando no eran justificadas. Debemos hacer la salvedad que esta proporción entre valor de la mercadería y perjuicio a la economía del país de importación no se da necesariamente cuando lo que se transgrede es una prohibición o restricción que son de carácter no económico pues, pese

85. Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Ed. TEA, Buenos Aires, 1956, Tº I, § 64-VI, pag. 412.

86. Cesare Beccaria, "De los delitos y las penas", Ed. Aguilar, 1969, Cap. XXXI, pag. 154.

al poco valor de la mercadería, puede darse el caso que ésta igualmente produzca graves consecuencias dañosas. De todas maneras siendo éstas una especie dentro del género de las prohibiciones absolutas, no son susceptibles de ser tratadas como contrabando menor en virtud de hallarse previstas y castigadas en el inciso g) del art. 865 que no está mencionado en el art. 947.

Distinto es el caso cuando un importe, arbitrariamente fijado, es tenido en cuenta a los fines de agravar la situación del imputado, sobre todo si éste pudo haber ignorado la importancia económica concreta de la maniobra a la cual pudo haberse prestado.

XII. LA ELIMINACIÓN DE LA EXCARCELACIÓN Y EXENCIÓN DE PRISIÓN EN EL CONTRABANDO CALIFICADO

"... siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia, salvo cuando la necesidad lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable: y siendo esta custodia esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y ser lo menos dura posible"

CESARE BECCARIA⁸⁷

XII.1. Los institutos de la exención de prisión, excarcelación y libertad condicional.

En el ánimo de preservar el principio de inocencia, el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984 y sus modificatorias), permite que el imputado que está en libertad pueda presentarse ante la justicia sin el riesgo de ser detenido mediante el uso del instituto de la exención de

prisión⁸⁸ y que quien estuviera detenido pero sin sentencia condenatoria, pueda obtener la libertad mediante el instituto de la excarcelación (art. 317 del Código Procesal Penal)

La excarcelación es el derecho que le cabe en determinados supuestos a quien estuviera privado de su libertad en virtud de prisión preventiva a fin que la misma no se convierta en una forma de restricción contraria al principio de inocencia y la garantía de la libertad mientras que la exención de prisión tiende a preservar la libertad de quien aun no ha sido encarcelado, de manera que si el imputado aun no hubiera sido objeto de prisión preventiva pero se encontrare en situación de obtener la excarcelación, podrá pedir la exención de prisión a fin que cuando se presente en la causa no se restrinja innecesariamente su libertad personal.

Al dictar auto de procesamiento el juez debe decretar la prisión preventiva siempre que al delito en cuestión le correspondiere pena privativa de la libertad y el juez estimare que no procede la condena de ejecución condicional (art. 312 Cod. Procesal Penal). Por su parte el art. 26 del Código Penal dispone que la ejecución condicional de la condena no es procedente si el juez considerare que la pena de prisión debiera superar los tres (3) años⁸⁹. Por ello, un delito cuyo mínimo de la escala penal fuera superior a tres (3) años no permite la condena de ejecución condicional y obliga al juez a que, con el acto de procesamiento, dicte el auto de prisión preventiva.

Por su parte la exención de prisión o la excarcelación no procede si el máximo de la escala penal correspondiente al delito superare los ocho (8) años de prisión (art. 316 Código Procesal Penal), y si bien aun cuando el máximo superare los ocho años de prisión corresponde

87. Cesare Beccaria, "De los delitos y las penas", Ed. Aguilar, 1969. Capítulo XIX, 128.

88. El art. 316 del Código Procesal Penal dispone que "Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entienda en aquella su exención de prisión. El calificará los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional..."

89. El art. 26 del Código Penal dispone que "en los casos de primera condena a pena de prisión que no excediera de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena..."

igualmente la exención de prisión si el juez considerare que podría proceder la condena de ejecución condicional (art. 26 del Código Penal), como ya hemos visto, esta última no puede otorgarse cuando existe un mínimo de prisión de tres (3) años⁹⁰.

Consecuentemente, la ley 25.986, al haber aumentado la escala penal que existía de dos (2) a ocho (8) años para el art. 865 del Código Aduanero (contrabando calificado), a la pena de cuatro (4) a diez (10) años, lo ha convertido en no excarcelable y consecuentemente sin derecho a la exención de prisión.

XII.2. La derogación del art. 867 del Código Aduanero originario por la ley 23.353

Originariamente el Código Aduanero contemplaba en el art. 867 la inaplicabilidad de la exención de prisión, de la excarcelación y de la condena de ejecución condicional en los casos de contrabando calificado y contrabando de estupefacientes. Sin embargo, ello dio lugar a injusticias que motivaron su modificación por la ley 23.353, mediante la cual se derogó esa prohibición y sustituyó el art. 867, introduciendo en el mismo un tipo penal específico relativo al contrabando de elementos riesgosos para la seguridad pública al cual le asignó una pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años con lo cual por la vía del Código Procesal Penal excluyó esos beneficios para el mencionado tipo penal.

Se consideró que aun cuando el objeto contrabandado fuera de un valor insignificante (un paquete de cigarrillos) podría ser no excarcelable si hubiera intervenido un empleado público o un funcionario aduanero o se tratara de un hurto o robo, sin que cupiera el contrabando menor en virtud de la exclusión para estos casos de los supuestos previstos en el art. 947.

No obstante, los fundamentos que hicieron cambiar el criterio del Congreso en aquella oportunidad, han sido ignorados ahora. Como en un sube y baja, volvemos a lo que ayer derogamos,

repitiendo nuevamente el mismo error por pecar de pérdida de memoria social. Consideramos que este es un error de política criminal. Esta vez la eliminación de esos beneficios se hace de manera indirecta (como lo hizo la ley 23.353 con el tipo penal del art. 867), es decir, elevando el mínimo y el máximo de la pena privativa de la libertad.

Consideramos que se han agravado las penas para el caso de condena no con el fin de castigar más severamente al delincuente sino para castigar al sospechoso privándolo de la libertad mientras dure el proceso. Ello demuestra que algo anda mal. En realidad los legisladores prefieren castigar a quien se presume culpable pero que se ha perdido la esperanza de verlo condenado, pero como ello viola el precepto constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo, se disfraza ese castigo "de hecho" de prisión preventiva.

XIII. AGRAVAMIENTO DE LAS PENAS DE MULTA

En lo referente a las penas de multa debe tenerse en cuenta que el Código Aduanero preveía la actualización de los importes fijos de las mismas. A ese fin apuntaron el art. 870 (que actualizaba los importes previstos para los arts. 868 y 869), el art. 880, el art. 920, apartado 2, el art. 953 (que actualiza los importes previstos en los arts. 947 y 949), art. 955, apartado 2, art. 959, art. 993 (que actualiza el importe previsto para el art. 992) y el art. 996 (que actualiza los importes previstos para los arts. 994 y 995).

Estos sistemas de actualización rigieron hasta la entrada en vigencia de la denominada "ley de convertibilidad" (ley 23.928) cuyo art. 7° dispuso que "en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral", añadiendo en su art. 10 "De-

⁹⁰. Por ello resulta imprescindible el encuadre legal del hecho, pues tanto la escala penal aplicable en abstracto como la posible ejecución condicional de la pena subordinan la concesión del beneficio (ver Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1993, pag. 308).

róganse, con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional—inclusive convenios colectivos de trabajo—de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de Australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”.

En virtud de esta normativa el servicio aduanero dejó de actualizar a partir del año 1991 los importes mencionados⁹¹.

Si bien esta derogación de los sistemas de repotenciación de los importes se comprendía en el contexto de la vigencia de la convertibilidad, que ahora ya no existe más, la terminología utilizada en el art. 10 no deja lugar a dudas acerca de que las normas de actualización que hemos mencionado precedentemente (así como otras establecidas en otras partes del Código, especialmente en materia de infracciones) ya no pueden ser restablecidas sin una ley expresa que así lo indique.

Hubiera sido mejor suspender las cláusulas de actualización mientras se hallara en vigencia el régimen de convertibilidad en vez de proceder a la derogación lisa y llana. Sin embargo, pese a la expresa derogación del régimen de convertibilidad, la ley 25.561 lejos de guardar silencio o restablecer el sistema de actualización ratificó la prohibición de repotenciación al modificar el art. 10 estableciendo que la citadas normas “mantienen derogadas”.

Esta situación y la existencia de depreciación monetaria motivó la necesidad de una adecuación del nivel de las multas. No se trata de una verdadera “actualización” de los importes, pues la ley 25.986 no ha incrementado los importes teniendo en cuenta algún método tendiente a mantener el nivel adquisitivo de los montos an-

teriores, sino que estableció nuevos importes que en algunos casos sobrepasan en forma desproporcionada la posible incidencia de la depreciación monetaria en los años pasados.

El art. 947 referido al tope del contrabando menor disponía que en los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865 incisos a) y h), 871 y 873, cuando el valor en plaza de la mercadería en cuestión fuere menor de \$ 5.000 el hecho debía considerarse infracción aduanera de contrabando menor aplicando exclusivamente una multa de 2 a 10 veces el valor en plaza de la mercadería.

La ley 25.986 elevó este tope de \$5.000 a la suma de \$100.000 alterando la referencia a los delitos susceptibles de esta conversión en infracción aduanera ya que al referirse al art. 865 menciona como susceptible de ser alcanzado por esta norma al inciso g) es decir cuando se tratare de mercadería cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta. Merece destacarse que se ha eliminado como posible conversión en contrabando menor el caso en que intervinieran en el hecho tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice.

Es muy común que se pueda involucrar en el delito de contrabando a tres o más personas aún cuando el importe de la mercadería en cuestión fuera insignificante por lo que consideramos un desacierto el haber eliminado este inciso a) en el art. 947.

En lo que se refiere a la inclusión del inciso g) se trata del restablecimiento de la norma tal como había sido redactada originariamente ya que la ley 23.353 había alterado la referencia de los incisos del art. 865 y la remisión que el 947 hacía al inciso h) que se refería a mercadería con prohibición absoluta tuvo un significado distinto al haberse convertido el inciso h) en el caso del contrabando de sustancias que por su naturaleza, cantidad o característica pudieran afectar la salud pública. El descuido del legislador permitió el agravamiento del supuesto que antes podía ser considerado contrabando menor e hizo más benigna la situación de quien contrabandeara mercaderías peligrosas para la salud, lo que evidentemente fue una consecuencia no

91. La última resolución aduanera que actualizó dichos importes fue la resolución ANA 2344/91.

querida. La actual ley ha rectificado ese error.

En un segundo apartado, este art. 947 establece como un importe menor para el caso específico el contrabando de tabaco o sus derivados, reduciéndolo a \$ 30.000. Esta distinción entre el tabaco del resto de las mercaderías seguramente ha tenido en cuenta la preocupación del legislador por el contrabando de cigarrillos que se ha convertido en muy preocupante en la zona Nordeste de nuestro país y al hecho que por la suma antedicha, entran al país grandes cantidades de ese tipo de bienes.

No obstante la ley ha incurrido en un casuismo que vemos criticable, en cuanto puede conducir a serias desigualdades, ya que hay otras mercaderías como pequeños objetos de menor valor que pueden tener características similares a las del tabaco y que, pese a ello, seguirán con el tope general de \$100.000.

El último párrafo del art. 947 dispone que en el caso del tabaco y sus derivados el servicio aduanero procederá a su comiso⁹² y destrucción. Siendo el comiso una pena consistente en la privación de la propiedad a su titular, la misma no puede ser aplicada antes del juzgamiento del delito (que ahora tramitaría en forma asimilable a una infracción) y, consecuentemente, también la destrucción deberá ser una consecuencia del dictado de una pena en firme.

Así, se ha previsto en esta norma una pena específica que a nuestro juicio difiere de la establecida en el primer párrafo del nuevo art. 947, ya que en éste se establece una pena "exclusiva" de dos a diez veces el valor en plaza.

No puede comprenderse que la norma haya querido acumular dos penas cuando en realidad, se trata de un hecho ilícito de menor gravedad que el previsto para la pena de multa.

92. La ley utiliza el vocablo "decomiso" que tiene el mismo alcance aunque es menos utilizado en materia aduanera.