

¿Y... DEL TIPO PENAL QUÉ?

POR ALVARO IZURIETA Y SEA

"El pescado se pudre por la cabeza": refrán popular.
En mi opinión, la jurisprudencia también.

I

Ya nadie discute que las sanciones aduaneras tienen naturaleza jurídica penal y que, a las infracciones y delitos aduaneros se les aplican los principios generales del derecho penal (cuando redacto estas líneas el Dr. Tacchi todavía no ha reformado el Código Aduanero luego ... Dios dirá).

Consecuentemente con lo afirmado, que de original no tiene nada, gozan de la tipicidad que no es otra cosa que la concreción positiva del principio: **nulla crimen nulla penna sine lege**.

El principio enunciado, que fue receptado, en forma explícita, en nuestra Constitución Nacional en el artículo 18, comienza a ser aplicado en forma menguada, por un sector de la magistratura que, embarcado en el "bien jurídicamente tutelado" e, impulsado por los vientos recaudatorios que hoy día soplan, han hecho dejación de una de las joyas del derecho penal liberal que hasta ahora nos rige (digo hasta ahora porque, atento los hechos que son de público conocimiento, no faltará el "iluminado" que clame por volver a las Carolinas). Para hacer esa aplicación algo canija se olvida que el bien jurídicamente tutelado no puede contraponerse al tipo penal, ni es válido ampliar el tipo penal en aras del bien jurídico tutelado.

Este desfasaje lo inició nuestra Suprema Corte, como más abajo veremos.

No soy liberal, eso nadie lo duda, pero una cosa es no ser liberal y otra muy distinta es renegar del derecho penal liberal, que tanta sangre, sudor y lágrimas le costó a la cultura Occidental a la que, eso sí, adhiero sin reato alguno.

Salto a la palestra porque los hombres de derecho debemos estar con el ojo avizor y, ante la menor desviación doctrinaria o jurisprudencial que pueda vulnerar la libertad individual o, si de buena fe suponemos que esa desviación existe estamos obligados, para ser consecuentes con nosotros mismos a pegar el grito.

El 12 de mayo de 1992 pasará a la historia de la jurisprudencia argentina como los "idus de mayo", jugando el rol de Julio César el tipo penal.

En el acuerdo celebrado ese día nuestra Corte Suprema dictó sentencia en tres causas: OLEGA, SUBPUGA y FRIGORIFICO RIOPLATENSE, las mismas merecen diversos reparos.

En las tres sentencias nuestra Corte hace referencia expresa a que: "... el alcance de las leyes tributarias debe determinarse computando la totalidad de las normas que la integran."

Me parece acertado, pero tal posición merece una aclaración general y otra particular referida a los casos juzgados.

Como principio general de interpretación, lo dicho por la Corte es acertado, pero ese principio reconoce dos excepciones y éstas son el Derecho Penal y el Derecho

Tributario, y ello es así porque a ambos les compete el principio de reserva legal.

En forma puntual no me parece acertada la remisión a esa forma de interpretación legal porque en los casos se estaba interpretando el artículo 954 del Código Aduanero que tiene y, de eso no se duda, naturaleza jurídica penal.

En el Código Aduanero hay normas de carácter tributario, arts. 635 al 776, otras de neto corte administrativo, como las que versan sobre las atribuciones de la Administración Nacional de Aduanas, las que reglamentan los derechos y obligaciones de los distintos sujetos que tienen que ver con la actividad aduanera, importadores, exportadores, despachantes de aduana etc. y otras son de naturaleza penal, Sección XII arts. 860 a 996.

Formando parte el art. 954 de las disposiciones penales, la referencia a la interpretación de norma tributaria entiendo que es un "lapsus calami".

Por otra parte, atento lo dispuesto en el art. 861 se aplican las disposiciones generales del Código Penal a la Sección XII del Código Aduanero.

En todos los casos citados, la Corte Suprema en su interpretación del art. 954 recurre al bien jurídico tutelado y dice: "... y no perdiendo de vista el bien jurídico tutelado según lo explica la exposición de motivos del Código Aduanero...".

Debe recordar el lector que cuando se sancionó el Código Aduanero, año 1981, las funciones del Estado, tanto Legislativas como Ejecutivas estaban ejercidas en forma "unipersonal". En tales circunstancias de hecho la exposición de motivos que acompañaba el proyecto de ley (o como quiera llamarse al acto administrativo de alcance general dictado en esa época) puede asimilarse a la exposición de los miembros informantes de los distintos bloques del Parlamento, únicas fuentes que el intérprete puede tomar para escudriñar la vo-

luntad del legislador.

Esa forma de interpretar la ley es válida en las diversas ramas del derecho, mas no puede ser aplicada cuando se interpreta el derecho penal o tributario y no puede ser utilizada por ambas ramas del derecho, el Penal y el Tributario, puesto que gozan del principio de reserva legal (en realidad los que gozamos de esa principio somos los habitantes de la Nación).

Atento lo expuesto en el párrafo anterior, reniego de la hermenéutica penal que recurre a la posible voluntad del legislador para interpretar la ley penal. La ley penal tiene voluntad propia que es lo que en ella se prescribe, no es válido preguntarse que habrá querido decir el legislador o qué supuestos de hecho quiso incluir en la norma, pero quedaron *in pectore*.

II

El derecho represivo nacional ha receptado los principios del derecho penal liberal.

En el caso del Derecho Penal Aduanero, lo apuntado *ut supra* se encuentra plasmado en los arts. 860 y 861 del Código Aduanero. En el primero de ellos se hace expresa mención a la "tipicidad" y en el segundo a las disposiciones generales del Código Penal.

Estaría fuera del contexto de este artículo hacer el pormenorizado análisis de las distintas opiniones vertidas sobre si la ley penal puede ser interpretada o no. Baste señalar aquí que la ley penal no admite la interpretación extensiva ni analógica y que no se puede bucear en presunta voluntad del legislador porque lo que éste no puso por escrito no existe dentro de derecho penal.

En los casos a los que hago referencia la Corte, desde el punto de vista y so capa de resaltar el bien jurídicamente tutelado en la infracción prevista y sancionada en el

art. 954 del Código Aduanero -declaraciones inexactas, veracidad- llega, en mi opinión, a conclusiones que abrieron el camino a los votos que comentaré **infra**.

Sobre el caso Olega, en esta misma revista, hice un comentario.

Ahora, a lo dicho debo añadir que, por vía de interpretación, la Corte vulneró, sin hesitar un segundo, el principio de tipicidad.

En efecto, la conducta descrita en el art. 954 del Código Aduanero para que sea punible debe vulnerar, además de ser inexacta, alguno de los supuestos contenidos en los incs. a) b) y c) del mencionado artículo; ello surge de la lectura, aunque sea apresurada, del referido artículo.

Para dar la solución que critico, como también critico el método de interpretación utilizado, la Corte se remitió a la expresión de motivos, donde la Comisión Codificadora dijo: "...se tutela el principio básico de la veracidad...". Mas también dijo "... Así, si la declaración incorrecta no es idónea para provocar alguno de estos efectos no es punible en sí misma..."

A ciencia cierta no sé porqué nuestra Corte, para resolver como lo hizo, se basó en la expresión de motivos para condenar a través del bien jurídico tutelado, pero no paró mientes en la misma expresión de motivos, que ponía en su justo término la facultad condenatoria de la Administración, en su oportunidad dije que era para recaudar, ahora lo reafirmo.

Pero nuestra Corte, al obrar de tal guisa no tuvo en cuenta que un grado de desviación en la boca del fusil hace, a mil quinientos metros, estragos en cualquier parte. Tengo para mí que los frutos de esa interpretación van a ser amargos.

III

En la causa "Y.P.F. S.A.c/ A.N.A." el Excmo. Tribunal fiscal de la Nación, mediante el dictado del fallo plenario de las

Salas Aduaneras (23 de agosto de 1995) fijó la doctrina siguiente: "... En materia de exportaciones, en tanto dure la vigencia del decreto 530/91, no es de aplicación lo prescripto en el art. 954 ap. 10 inc. c) del Código Aduanero".

Recuerdo que la mayoría del Tribunal decidió con acierto que, en tanto y en cuanto no sea obligatorio en las exportaciones el ingreso de las divisas por el circuito oficial, propio de la época del control de cambios, la declaración inexacta, en sí misma, no se adecuaba a la conducta descrita en el inc. c) del art. 954 del Código Aduanero.

Atento lo resuelto por la Corte en los casos mencionados **ut supra**, poco futuro le veo al plenario del Tribunal Fiscal.

Pero el fruto amargo no es la doctrina del plenario sino la doctrina que se desprende de los votos en disidencia del Dr. Krause Murguiondo y de la Dra. García Vizcaíno. (**Amicus Plato, sed magis amica veritas**).

He de reconocer la erudición de los dos votos; mas la interpretación histórica que hacen de la declaración inexacta, la remisión a la doctrina de la Corte sobre el bien jurídico tutelado -veracidad-, a la "hermenéutica amplia" dada por la Corte al art. 954 del Código Aduanero, así como el estiramiento dado a la palabra "ingreso" me desasosiegan porque, conociendo de sobra los quilates jurídicos de ambos Vocales, no atino a comprender el porqué de sus votos.

Seré duro de entendederas, mas no sé porqué, si se hace una interpretación histórica de la falsa manifestación, no se hace una interpretación histórica de la situación económica existente en el país cuando se dictaron las normas sobre ingreso de divisas.

Creo que sostener que los diversos legisladores, que legislaron desde antaño en un contexto de férreo control de cambios al decir "ingreso de divisas" estaban pen-

sando en la renta global, y en tantas cosas más, es una interpretación asaz riesgosa.

Si para llevar a buen puerto esa interpretación se echa mano al mensaje con el cual se elevó el proyecto de ley N° 19.881, ideas que no fueron receptadas en la exposición de motivos del Código Aduanero creo, **mit brennender Sorge**, que se está torturando al derecho penal, que éste está dejando de ser una sucesiva e inconexa yuxtaposición de ilícitos para devenir en

una ameba que todo lo abarca, que todo lo puede y lo puede todo porque se terminará por afirmar que es delito todo aquello que, en el prudente arbitrio de los jueces, estos así lo consideren.

Si esa es la nueva corriente jurisprudencial que se abrirá camino, espero no llegar a verla cuando sea plenaria; ruego que la Purísima ampare con su manto a los que la tengan que soportar.