

La aplicación de la ley penal más benigna en materia infraccional aduanera

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACIN

En el derecho penal común la aplicación del principio de la ley penal más benigna contemplada en el art. 2º del Código Penal, no presenta mayores dificultades. A lo sumo, en algunos supuestos en los que la nueva ley requiere de un cotejo para determinar si es o no más benigna, se resuelven analizando cada caso concreto. (1)

En cambio, en el ámbito penal económico, al cual pertenece el derecho penal aduanero, al regir la llamada "legislación penal en blanco", la situación es más compleja.

El tipo penal se estructura con un precepto general, que es integrado por otras normas específicas de carácter extrapenal. De esa manera se intenta conciliar el principio de legalidad con la dinámica que la fluidez del tráfico internacional requiere.

Así, las infracciones consisten en el incumplimiento de un deber y para saber en qué consiste ese deber, hay que acudir al régimen, operación, destinación o situación del cual emerge y que periódicamente se actualiza. (2)

Pero esta característica de contener ele-

mentos estables o permanentes y otros accidentales o coyunturales que integran la norma con referencia a un momento determinado, que como señalé es tan útil para su eficacia, crea problemas a los fines de la aplicación de la ley penal más benigna.

El art. 899 del Código Aduanero que consagra este principio, agrega: "No surtirá ese efecto la que modificare el tratamiento aduanero o fiscal de la mercadería".

Se ha considerado que la primera de esas expresiones alude al régimen legal que regula la operación aduanera de que se trate, en tanto que la restante se refiere a las obligaciones jurídicas tributarias que nacen de estas operaciones. (3)

La Exposición de Motivos señala que "se recepta en el art. 899 el criterio jurisprudencial predominante que sostiene que la ley posterior a la configuración de la infracción que altere el tratamiento aduanero o fiscal de la mercadería afecta sólo un elemento coyuntural de la misma, pero es irrelevante en relación con el tipo penal. Distinta solución correspondería si se reformara la conducta punible y se exigieran otros recaudos que no hubieran sido

(1) Puede ocurrir que una ley contemple pena menor, pero prohíba los beneficios de la eximición de prisión, excarcelación o condena de ejecución condicional. El cotejo debe ser integral, no admitiéndose la composición legal, esto es, tomar lo más favorable de cada régimen para formar una tercera ley.

Esta exigencia es recogida en el art. 900 del Código Aduanero.

(2) Art. 902.- 1.- "no se aplicará sanción a quien hubiere cumplido con todos los deberes inherentes al régimen, operación, destinación o a cualquier otro acto o situación en que interviniera o se encontrare..."

(3) Cfme. Jorge Héctor Damarco "La retroactividad de la ley penal más benigna y el tratamiento aduanero y fiscal de la mercadería en materia de infracciones aduaneras" Revista de Jurisprudencia y Legislación Nro. 12.352-483 (citado por Patricia Rodríguez en "La ley penal más benigna en el ámbito de las infracciones aduaneras", Revista Impuestos XLIX-B, pág. 2297).

desplegados por el responsable o se eximieran los cumplidos, pues allí el hecho o acto que se juzgara sería atípico por aplicación de la norma penal más benigna".

Es muy importante pues, efectuar una jerarquización de esos deberes a fin de determinar si la nueva norma incide o modifica la conducta prohibida o debida o tan sólo se refiere a la conducta fluctuante comprendida en ella.

Cabe aclarar que al integrarse la norma tanto por elementos permanentes como por otros ocasionales, siempre que se modifique alguno de esos elementos pareciera que se modifica el tipo penal, pero no es así.

Lo que ocurre es que los elementos accidentales tienen categoría de elementos constitutivos del tipo con referencia a un momento determinado, pues son coyunturales. Ello significa que se cristalizan y poseen esa entidad en un momento, que es el de la comisión de la infracción. Son valorados en ese contexto, por eso es que son accidentales.

Si la nueva ley modifica sólo esos elementos, no es aplicable como más benigna, pues la infracción se consumó y al no cambiar la concepción jurídica o fundamento de su punibilidad, el tipo permanece intacto. Los nuevos deberes desplazan a los anteriores, pero sólo rigen para el futuro.

Veamos cómo funcionan esas pautas en el plano práctico.

Con relación a la infracción de declaración inexacta, el art. 961 vuelve a repetir la excepción del art. 899, dadas las especiales características de esta ilicitud.

Si la nueva ley suprimiera el arancel que gravaba la mercadería en infracción y en consecuencia, cesara el perjuicio fiscal emergente de la declaración inexacta (art. 954, inc. a) del Código Aduanero), al sólo cambiar el "tratamiento fiscal", no tendría efecto retroactivo como ley penal más benigna. (4)

En el momento en que se consumara la ilicitud (registro de la declaración aduanera), la mercadería se hallaba sujeta a tributación con fundamento en una norma de política económica cuyo control sobre su cumplimiento se encomendó al servicio aduanero. La transgresión, pues, con esa referencia cronológica causó un perjuicio fiscal (5) y afectó ese control que las leyes le confiaran a la aduana. Tal afectación del bien jurídico tutelado no es subsanado por la posterior desgravación, que como apuntara, regirá para el futuro.

Distinto es lo que ocurre cuando el efecto recae sobre el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto al que correspondiere (art. 954, inc. c). Previamente, cabe aclarar que hay dos posiciones sobre el alcance de esta modalidad infraccional.

Una restringida, que con fundamento en las motivaciones del proyecto de la ley 19.881, que había introducido modificaciones sobre el tema a la normativa vigente de la ley de aduana, sostiene que la función exclusiva era reprimir la sobrefacturación en las importaciones y la subfacturación en las exportaciones (6).

Otra amplia, que considera que esas situaciones no son las únicas incriminadas.

(4) Lo mismo ocurriría en caso que se dejara sin efecto una prohibición a la importación o a la exportación vigente al momento de consumarse la declaración inexacta (art. 954, inc. b) del Código Aduanero).

(5) Cfme. C.S.J.N. in re "Hideco S.R.L. c/Gobierno Nacional" (Fallos 293 670).

(6) Algunos fallos del Tribunal Fiscal de la Nación ("Fría S.A.I.C." causa nro. 4490-A del 19-2-86) confirmada por la C.N.A.C.A.F., Sala II el 31-12-87 in re "Frigorífico Mayosol S.A.C.I. del 22-6-89, Sala IV "Lichter Alfredo Andrés del 30-6-87, entre otros.

Que en el mensaje de la ley 19.881 no se advierte intención alguna de reformar la finalidad que tenía la anterior ley 17.138, es decir, la de preservar, aún en ausencia de perjuicio fiscal, "algo muy importante, como es el patrimonio que para el país representan sus mercados externos, tradicionales y nuevos..." (7). Dicho autor, señala que además de los antecedentes legislativos, la norma actual y el mensaje del Código nada dicen de no penar las sobrefacturaciones de exportación, que aunque no produzcan perjuicio fiscal ni incidan en las cotizaciones cambiarias, pueden afectar el cobro de estímulos a la exportación. Además, de no interpretarse así, sería superflua la obligación de valorar adecuadamente los bienes que salen del país (art. 735 y ss. del Código Aduanero) o distorsionaría el mecanismo de valoración como antecedentes de otras operaciones (8).

No he de detenerme en el análisis de dicha controversia que excede el objetivo del presente trabajo. Sólo diré que la tesis restringida, que como vimos limita la incriminación al supuesto de transferencias clandestinas de divisas, tiene efectos prácticos relevantes frente al dictado del Decreto 530/91, que suprimió la obligatoriedad del ingreso y negociación del contravalor en divisas de la exportación de productos.

Dicho acto de gobierno que pone fin al

control existente en materia cambiaria, significa desincriminar el no ingreso de divisas por exportaciones.

Mediante una interpretación integral de las ilícitudes cambiarias dentro del contexto del Derecho Penal Económico, se ha sostenido que el Decreto 530/91 rige retroactivamente como ley penal más benigna, no obstante existir en dicho ámbito una norma expresa impediendo (art. 20 de la ley penal cambiaria) (9).

Comparto dicha tesis, acorde con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que autoriza como excepción la aplicación del beneficio en materia penal cambiaria, cuando se compruebe una derogación generalizada del sistema reglamentario que deje sin contenido sustancial al régimen de la ley represora (10). Cabe agregar, aún cuando dicho Tribunal Superior no lo admite, que hay dos tratados que prevén la retroactividad de la ley penal. Ellos son, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15), incorporados a nuestro derecho interno por ratificaciones en 1984 y 1986, respectivamente. De tal modo, que aún cuando dicho principio no ha adquirido rango constitucional, ha asumido un nivel superior al de la ley que lo consagra, en virtud de tratados internacionales frente a los cuales las leyes discrepantes son inconstitucionales y no deben aplicarse (11).

(7) Gustavo A. Krause Murguiondo en "El bien jurídico protegido por el art. 954 del Código Aduanero y la sobrefacturación en las exportaciones" Guía Práctica del Exportador e Importador Nro. 402- Junio de 1990- LII.

(8) Mismo autor y trabajo, pág. LIV.

(9) Gustavo Zunino "Efectos de la eliminación del deber de ingresar y negociar divisas provenientes de exportaciones" Revista de Estudios Aduaneros- Instituto Argentino de Estudios Aduaneros- Año II- Primer Semestre de 1991- Nro. 3, pág. 35-.

(10) Cfme. C.S.J.N. in re "Mario Cairo S.A.C.I.A. c/Ministerio de Comercio de la Nación s/apelación"- L.L. 1976 -D-104- Citado por mismo autor y trabajo en la pág. 37.-

(11) Germán Bidart Campos "La retroactividad de la ley penal más benigna rige en la Argentina en forma imperativa por fuente de Tratados internacionales" (E.D. del 27-9-91).

En cambio, es distinto cuando "la modificación o supresión de la ley no responde a una distinta valoración de la realidad que regula, sino que, manteniéndose idénticos los criterios valorativos, la rápida mutación de las circunstancias que condicionan los hechos a que la ley se refiere hace necesario modificarla para que la regulación se mantenga acorde con aquellas pautas invariadas" (12).

Trasladando tal criterio al ámbito aduanero, es el caso de las infracciones que se consuman al vencer un plazo acordado para el cumplimiento de una obligación (retorno de la mercadería importada o exportada en el régimen de admisión o salida temporal -art. 970-, o también, por ejemplo, la presentación dentro de un término de los estados demostrativos en las importaciones beneficiadas -art. 965-).

En el supuesto de equipaje, cabe efectuar una aclaración.

Si por ejemplo, la nueva disposición amplía las franquicias, ya sea aumentando su valor o la nómina de los efectos que se pueden ingresar por esta vía sin pago de derechos, resulta claro, que ello no incide en las infracciones ya cometidas.

Me baso para efectuar tal aseveración en el especial contenido del tipo infraccional. El art. 977 reprime la introducción de mercadería no admitida como equipaje por las respectivas reglamentaciones. Tal precepto debe ser complementado por un elemento conceptual (definición de equipaje que nos da el art. 489) y por otros

de carácter coyuntural (límite monetario, lista o enumeración de mercadería prohibida o excluida de esta vía).

Habría que ver entonces si la nueva ley modifica el núcleo de la infracción o sólo su "tratamiento aduanero o fiscal de la mercadería" (art. 899).

Veamos un caso práctico.

Un pasajero intenta ingresar sin declarar aduaneramente un televisor, que estaba excluido del régimen de equipaje por el decreto 3908/84. Posteriormente, al dictarse el Decreto 2130/91, cuyo art. 10 autoriza la introducción de una unidad de ese tipo de mercadería sujeta al pago de derechos ¿queda legitimado el acto anterior?

A mi entender la respuesta es negativa. Tanto en la normativa precedente como en la actual está reprimido el tratar de eludir el control aduanero. Antes, para ingresar lo que estaba prohibido, ahora, para no pagar los derechos que gravan la mercadería.

De tal manera, aún cuando el reciente decreto 2130/91, al suprimir el límite del uso anual de los beneficios y no poner tope monetario a los bienes que los pasajeros pueden traer en esa categoría (siempre que no superen la unidad), estaría desvirtuando el carácter de excepción del régimen de equipaje, no se debe dejar de considerar que mantiene indemne la obligación de declarar ante el servicio aduanero, que hace a la esencia de la infracción.

(12) Dictamen del Procurador General de Fallos 293:523.