

INCONVENIENTES QUE PLANTEA LA APLICACION DE NORMAS PROCESALES CONVENCIONALES A DELITOS “NO CONVENCIONALES”. SU ANALISIS CON RELACION A LA MATERIA PENAL ADUANERA.

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACIN

Sumario:

- I.- Generalidades
- II.- Análisis particular. La materia penal aduanera
 - 1.- Problemática
 - a) Anterior al Código Aduanero
 - b) Desde la vigencia del Código Aduanero
 - 2.- Propuestas de solución
- III.- Conclusiones

I. Generalidades.

Es una realidad que los delitos socio-económicos o no convencionales requieren de normas de procedimiento especiales.

Por ello, como un anticipo general, podemos decir que el Código Procesal Penal (Ley 23.984), no tuvo en consideración la problemática de la delincuencia económica.

Así, por ejemplo, la duración del sumario es de 4 meses, desde la indagatoria (art. 207), con una prórroga de 2 meses más.

Pues bien, en los delitos económicos son necesarios exámenes previos de carácter técnico contables (evasión impositiva) o de valoración (contrabando) o bien diligencias ha realizarse en el exterior, etc., que pueden alargar la etapa anterior a la indagación, de manera que el sumario de hecho supera ampliamente el lapso fijado.

Adviértase que en el segundo párrafo del art. 207 se contempla la posibilidad de exceder los 6 meses de duración “en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación...” y ello será la regla.

Se podrá decir que hasta ese momento no hay una persona atada al proceso, esto es, que la demora no causa perjuicio. Lo cierto en la actividad comercial es que, la interdicción o secuestro de la mercadería sujeta a comiso genera graves inconvenientes.

En la realidad empresarial el tener trabado los libros contables y soportar requerimientos permanentes, constituyen circunstancias inconvenientes que son perjudiciales.

En materia penal económica, para ciertos delitos, existen procedimientos especiales encargados de la investigación preliminar y promoción de la acción penal ante el Tribunal competente. Es el caso de la ley 22.262 de Defensa de la Competencia, que prevé un ór-

gano especial (Comisión de Defensa de la Competencia); de la ley 19.359 y 22.338 que reprime los delitos cambiarios cuya investigación es acordada al Banco Central de la República Argentina; la ley 22.415 que castiga los delitos aduaneros y prevé una doble jurisdicción: administrativa (para aplicación penas accesorias) y judicial (pena principal); la ley 24.769, que tipifica los delitos impositivos (D.G.I.), etc.

En nuestro medio, la praxis ha demostrado que el momento central del proceso penal es la investigación preliminar. No obstante, tales regímenes especiales que confían a organismos administrativos actuar en ese tramo inicial del proceso, adolecen de vicios graves (vgr. facultades excesivas).

Todo ello, exige una modificación y adaptación del sistema procesal común, pero estimo que las reformas que se requieren deben ser de carácter integral, esto es, no basta con la modificación de algunas disposiciones.

Habrá que adaptar la tarea investigativa, que en ciertos delitos se realiza con carácter preliminar por parte de órganos especiales, a la actividad judicial posterior.

En conclusión, se precisa un sistema procesal penal especial, distinto del que regula los delitos tradicionales o convencionales a la par que una reorganización de los tribunales penales económicos.

II.- Análisis particular. La materia penal aduanera.

1.- Problemática.

La materia penal aduanera se compone de delitos e infracciones. Ambas constituyen conductas (preceptos) a las que se enlaza una consecuencia (sanción).

Para su correcto análisis y diferenciación y no incurrir en un error muy frecuente, resulta fundamental determinar su contexto legal.

Así, cabe marcar dos momentos:

a) **Anterior al Código Aduanero**, en el que podemos decir que la ley nos brindaba una diferencia cualitativa.

El art. 166 bis de la ley de aduana (ley 21.898), establecía: "Las infracciones establecidas en la legislación aduanera son de responsabilidad es objetiva".

De tal manera, como el elemento subjetivo quedaba reservado a los delitos aduaneros, en ese momento era válido sostener que las infracciones aduaneras previstas en los arts. 167 y 171 (antecedentes del actual art. 954 del Código Aduanero, que subsume ambas disposiciones legales en una sola figura de declaración inexacta), si eran dolosas se convertían en la modalidad de contrabando del inciso b) del art. 187 (actual inciso b) del art. 864 del C.A.)

También en dicha etapa se admitía la independencia entre la infracción de tenencia en plaza de mercadería extranjera y el delito de encubrimiento de contrabando, y se los consideraba dos ilicitudes distintas.⁽¹⁾

(1) La independencia entre ambos ilícitos tuvo su origen en la definición legal de la infracción de tenencia injustificada de mercadería extranjera, que anteriormente se contemplaba en el art. 198 de la ley de aduana.

Dicha disposición, en su séptimo párrafo, con las modificaciones establecidas por la ley 16.656 (Adla, XXIV - C. 2141) mantenidas por la ley 17.138 (Adla XXVII -A.64), se indicaba que en los casos en que, "además, o en lugar del delito de contrabando, se hubieran comprobado en autos" infracciones de las previstas en ese apartado del art. 198 citado, la autoridad competente para su juzgamiento es únicamente la autoridad aduanera.

En base a dicho texto legal la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la infracción prevista en el art 198 citado, y las acciones delictivas que contemplan los arts. 187, 188 y 189 de la ley de aduanas (contrabando y su encubrimiento), no se excluyen entre sí, no siendo el caso "del juzgamiento doble de una conducta única, sino de hechos

Otro ejemplo sería el considerar que la infracción de contrabando menor solo se prevé en forma dolosa⁽²⁾.

b) Desde la vigencia del Código Aduanero, que armoniza y sistematiza toda la materia aduanera (ley 22.415), la situación es completamente distinta.

En su Sección XII "Disposiciones Penales", se regulan los delitos y las infracciones aduaneras previéndose para estas últimas una parte general donde se tratan temas comunes y una parte especial en la que se estructuran sus tipos penales.

Es así, que se deroga el principio de responsabilidad objetiva, que era inapropiado para conductas de naturaleza penal y se lo sustituye por el incumplimiento de deberes inherentes al régimen u operación (art. 902 del Código Aduanero)⁽³⁾

Esta modificación sustancial del esquema de responsabilidad provoca que actualmente no existan diferencias cualitativas entre los

delitos y las infracciones aduaneras. La estructura del hecho punible de ambos ilícitos admite como elemento subjetivo del tipo el dolo y la culpa. Resulta así, por ejemplo, que una importación subvaluada por verificarse mayor cantidad que la declarada aduaneramente, aún cuando por diversas circunstancias se probara que fue con la intención de tributar menos, sigue siendo infracción, pues se trata de una simple mentira que no tiene entidad para dificultar las funciones aduaneras de control. La falsedad debe estar respaldada por circunstancias objetivas (mentira eficaz) o hechos engañosos no necesariamente falsos. Así, asume categoría de delito por ejemplo si compone el valor especificando pago de royalties o regalías fijadas en un contrato no renovado (art. 954, inc. a) C. Aduanero).

En otro orden de cosas, la normativa del Código Aduanero no recoge la fórmula que establecía la independencia entre la infracción de tenencia en plaza de mercadería ex-

diversos que, por ello mismo son susceptibles de ser sometidos al conocimiento de distintas jurisdicciones, conforme lo dispone la letra de las disposiciones que están en juego" ("in re": "Lentino, Félix y otro, fallada el 16/9/66, publicado en la Ley, 125" p.116).

Es por ello, pues que en base a una interpretación literal de la ley se estableció dicha autonomía e independencia.

Posteriormente, ese criterio se mantuvo en el punto 10 del art. 198 de la ley de aduana, conforme texto de la ley 21.898 (Adla, XXXVIII - D 3356), que decía: "Las sanciones determinadas en los apartados precedentes se aplicarán con total independencia de la existencia o no de perjuicio fiscal y con abstracción de las penalidades en que pudiere incurrirse si se hubiere cometido el delito de contrabando o su encubrimiento, el cual será juzgado separadamente, conforme a las disposiciones de esta ley", ("Concurrencia entre una modalidad de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia de mercadería extranjera sin acreditar legítima introducción", H. G. Vidal Albarracín, Suplemento Jurisprudencia Penal de La Ley, 29/11/96, pág. 34).

(2) Bonzón Rafart, Juan Carlos en su trabajo "Diferenciación entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario" (E.D., To. 167, pág. 1061), dice que "el problema de diferenciar los delitos aduaneros de las infracciones aduaneras, solo se daría respecto de algunas infracciones, ya que en otras claramente se puede determinar la forma en que debe darse el elemento subjetivo para configurar el ilícito...", citando como ejemplo el contrabando menor que se prevé solo en la forma dolosa. El ejemplo no es feliz, porque justamente el contrabando menor en su previsión del art. 947 C.A. no es una infracción, sino que tiene categoría y estructura de delito, pero por el monto menor se le da tratamiento de infracción.

Cabe recordar que tal carácter delictivo lo tiene desde la ley 14.729, que en su art. 7 preveía la facultad de los Jueces de sustituir la pena privativa por la multa. Luego de sucesivas reformas, la ley de Aduana en su art. 194, primer párrafo (texto Ley 21.898), estableció que si el monto de la mercadería no superaba un tope monetario "el hecho constituirá infracción aduanera". El art. 947 del C. Aduanero en cambio dejó en claro su naturaleza de delito al sustituir la fórmula por "el hecho se considerará infracción aduanera".

(3) Código Aduanero, art. 902, ap. 1: "No se aplicará sanción a quien hubiere cumplido con todos los deberes inherentes al régimen, operación, destinación o a cualquier acto o situación en que interviniere o se encontrare....".

En la Exposición de Motivos al comentar dicha norma, se señala que "Dicha fórmula persigue una doble finalidad. Por una lado, acordar un justo límite a la responsabilidad; por el otro otorgar al tema la dinámica que este requiere....".

tranjera y el encubrimiento de contrabando ⁽⁴⁾, sino que en cambio, dedica el Capítulo II titulado "Concursos" en el que resuelve con carácter general los supuestos en que concurren ésta u otras infracciones y delitos aduaneros.

El Código Aduanero vigente distingue dos niveles de conducta vinculados a la tenencia ilícita

a) Tenencia antirreglamentaria (infraccional)

-art. 985 y ss.: Tenencia de mercadería que se presume importada en transgresión a las normas reglamentarias. Por ej. ingresó en infracción al régimen de equipaje, pacotilla -art. 977-

- art. 966: Tenencia de mercadería que violó la condición a que se sujetó el beneficio de su importación.

- art. 971: Tenencia de mercadería que transgredió el régimen de destinación suspensiva.

- art. 982: Tenencia de mercadería que fue transferida en violación al régimen de equipaje.

Solo en el primer supuesto el ingreso es también antirreglamentario. En los tres restantes la transgresión es posterior a su ingreso le-

gítimo, por ello la situación es distinta.

b) Tenencia delictiva (encubrimiento)

Se presume que la importación de la mercadería lo fue por la vía de contrabando.

Se advierte pues, que la tenencia constitutiva de encubrimiento de contrabando, también es un ingreso antirreglamentario como los casos de los arts. 985 y ss., pero por constituir ese hecho precedente el delito de contrabando, su tenencia merece la categoría de delito. Se trata de un concurso formal o ideal que se resuelve por el principio de absorción, esto es, la conducta menor queda subsumida en la mayor o más grave. ⁽⁵⁾

2. Propuestas de solución.

Ya descripta la problemática, veremos que la cuestión de fondo debe ir acompañada de un procedimiento adecuado.

En primer lugar, las soluciones ha ensayar deben partir de la normativa vigente, que por estar contenida en un cuerpo orgánico como es el Código Aduanero, admite una interpretación sistemática. ⁽⁶⁾

(4) Bonzón Rafart, J.C., en su artículo "Delicado debate jurídico sobre concurrencia del delito de encubrimiento de contrabando y la infracción de tenencia injustificada" (E.D., 10-9-96), no advierte tal cambio conceptual que introduce el Código Aduanero.

(5) No se debe confundir el concurso aparente de leyes con el concurso ideal o formal de delitos, en el que la dualidad o pluralidad de encuadramientos no es aparente sino que el hecho cae bajo dos o más figuras no incompatibles entre sí y se resuelve por absorción de pena.

Al respecto, resulta ilustrativo la regulación que se le da en la ámbito policial a la concurrencia de contravenciones y delitos.

Art. 109 del Reglamento de Procedimientos Contravencionales de la Policía Federal (R.R.P.F.): "Cuando la contravención esté absorbida por el delito o infracción penal, bien por tratarse de un solo acto o porque tiene estrecha relación con un hecho delictuoso, se aprecia como circunstancia atenuante o agravante del mismo y se instruye únicamente sumario de prevención judicial".

Art. 110 del Reglamento de Procedimientos Contravencionales de la Policía Federal (R.R.P.F.): "Cuando la contravención no tiene relación estrecha con la acción delictuosa ni desaparece ni es absorbida por el delito, por no representar un factor importante para la resolución de la causa, los procedimientos por uno y otro hecho deben ser independientes..."

(6) El Dr. Juan Carlos Bonzón Rafart, sostiene la independencia de la infracción de la tenencia en plaza de mercadería con el encubrimiento de contrabando, fundado en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que a su vez parte del art. 198 de la ley de aduana (ver nota 3). Asimismo dicho autor, sobre la base del texto de los arts. 167 y 171 de la ley de aduana (normas antecedentes del actual art. 954 del Código Aduanero) considera que la infracción de declaración inexacta de ser dolosa constituye la modalidad de contrabando establecida en el art. 864 inc. b). ("Vieja

Ello nos permitirá no incurrir en contradicciones tales como aceptar que el elemento intencional convierta a la declaración inexacta en delito de contrabando y no modifique la categoría de infracción cuando se trata de equipaje.

Si en la ley el esquema de responsabilidad infraccional es igual para ambas infracciones, ¿cuál es el criterio para que el dolo haga reaccionar en forma distinta una supuesto de otro? Se podría decir que en el régimen de equipaje, por limitarse a "incidencias de viaje" las consecuencias son menos graves, pero ello no es conceptual.

Es por ello que a través de un análisis integral sostengo que el distingo debe buscarse en la menor o mayor afectación del bien jurídico tutelado⁽⁷⁾.

polémica doctrinaria sobre la ilicitud de subfacturar importaciones reactualizada por moralizador fallo", E.D. 19/7/96).

Tal apreciación, si bien podría ser válida en la legislación anterior, deja de serlo desde el dictado del Código Aduanero, que introdujo un cambio importante tanto sobre el concurso de infracciones y delitos como en el esquema de responsabilidad infraccional.

Es así, que no corresponde darle a dichas cuestiones categoría de polémica, sino que se trata de errores de interpretación de la normativa aplicable. (Ver mi publicación "La subfacturación en importación: Delito o infracción aduanera", Suplemento de Jurisprudencia Penal La Ley, 18/12/95)

(7) Dicha posición la vengo sosteniendo desde setiembre de 1981 en que cobrara vigencia el Código Aduanero, que al tratarse de un cuerpo armonizado de normas, facilita la tarea de una interpretación sistemática. No entiendo entonces, como Bonzón Rafart en un trabajo titulado "Diferenciación entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario" (E.D. To. 167, pág. 1061), señala que se permite complementar mi doctrina diciendo "que la diferenciación debe ser construida sobre la base de la magnitud de la acción ilícita desarrollada por el sujeto activo y el correlativo esfuerzo controlador desplegado por la aduana", pág. 1066. Esto es lo que vengo enfatizando desde 1981, por lo que, reitero, dicho autor podrá compartir mi criterio, pero no señalar que lo complementa.

Ver también mi trabajo "Importancia de la codificación en materia penal aduanera", L.L. 14/9/93, y junto al Dr. Enrique C. Barreira, "La responsabilidad en las infracciones aduaneras", L.L. To. 1989-A, pág. 925 y ss.; "Criterio diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras y de éstos entre sí", E.D. 162-1886, y "Código Aduanero Comentado", To. VII-A, 1992, Ed. Abeledo Perrot, págs. 137 y ss.

(8) Bonzón Rafart, Juan Carlos, En el trabajo citado en la Nota (7) observa que mi postura de aceptar la configuración de la infracción de declaración inexacta a título de dolo no está exenta de dificultad. Así expresa: "También respecto a ella cabe la siguiente pregunta. Si dolosamente se declara algo inexacto ¿no se afecta siempre el debido control aduanero? Creo que sí..."

A mi entender la respuesta es incorrecta por cuanto la simple mentira que no genera ninguno de los efectos previstos en los tres incisos del art. 954 del Código Aduanero, no es ni siquiera infracción aduanera. Si en cambio, por ejemplo, declaro dolosamente menos mercadería que la importada, al reducir la base imponible provocó un perjuicio fiscal y caería en la hipótesis del art. 954 inc. a) del Código Aduanero. No obstante, para adquirir categoría de delito debe tratarse de una mentira documentada o eficaz, que al menos dificulte el control aduanero.

Dichos niveles de ilicitud responden a la aplicación de una interpretación sistemática del Código Aduanero, de la que resulta un criterio diferenciador de la mayor o menor afectación del bien jurídico, que es válido para resolver todas las situaciones conflictivas entre delitos e infracciones aduaneras. Ello justamente hace a la seguridad jurídica que es lo que se necesita en la actualidad, sin perjuicio de poder mejorar en el futuro vía reforma legislativa.

(9) El régimen de denunciantes y aprehensores previsto en la Ley 23.993, juega en contra de un actuar mesurado, pues estimula a los funcionarios intervinientes a promover procedimientos espectaculares (perciben el 40% del producido del remate de la mercadería objeto de comiso).

(10) La Cámara en lo Penal Económico, Sala A, in re: "Pettinaroli, Susana", resolvió el caso de una mujer que luego

De tal manera, ante dos ilicitudes que lesionan el mismo bien jurídico, la simple mentira queda en el ámbito de la infracción, salvo que esté respaldada por algún elemento objetivo que tenga entidad para al menos dificultar el control que las leyes acuerdan a las aduanas, pues ese plus le otorga a la conducta carácter delictivo.⁽⁸⁾

Como dije precedentemente, tal pauta distintiva requiere ser complementada con un criterio mesurado de la autoridad de aplicación⁽⁹⁾ y un procedimiento adecuado.

Si como quedó demostrado, en ciertos supuestos no es fácil advertir cuando estamos en presencia de un delito y cuando ante una infracción aduanera, es una buena práctica comenzar por el hecho menos grave⁽¹⁰⁾.

Si la dificultad reside en aspectos técnicos que juegan como presupuesto, tal es el caso por ejemplo del valor de la mercadería (determinar si hay sobre o subvaluación aduanera), resulta conveniente resolver dicha temática en sede administrativa aduanera y no en sede judicial bajo el rótulo de contrabando.

Por su parte, la doble jurisdicción que rige para la investigación de los delitos aduaneros, tampoco ayuda. Por ello, tal como lo señalé en otra oportunidad ⁽¹¹⁾, resulta conveniente su derogación.

III. Conclusiones.

A manera de síntesis, estimo que sería necesario:

1.- Dictar normas procesales acordes con la naturaleza de los delitos aduaneros, de manera de cumplir una actuación preliminar que

brinde a los Jueces y Fiscales en lo Penal Económico (o federales, en el interior), toda la apoyatura técnica que la investigación de estos delitos requiere.

2.- Precisar a nivel legal la distinción entre delitos e infracciones aduaneras. ⁽¹²⁾

3.- Suprimir la doble jurisdicción en la investigación de los delitos aduaneros.

4.- Hasta tanto ello no ocurra:

a) Fijar como pauta delimitadora de los ilícitos aduaneros la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado.

b) En caso de duda, iniciar la investigación por el hecho mas leve.

c) En los supuestos en que se requiere resolver previamente cuestiones técnicas, agotar su estudio en sede aduanera antes de la remisión de las actuaciones al ámbito judicial bajo la imputación del delito de contrabando.

de residir en el exterior por más de un año, retornó al país ingresando un automóvil usado, el cual le fue permitido importar sujeto a la condición de radicación definitiva (Resolución nro. 5.107/80 de la ANA).

La minoría, consideró que al no estar determinado el incumplimiento de la radicación definitiva en el país debía continuarse la investigación en sede aduanera a tenor de la infracción y en caso de reunirse nuevos elementos de juicio, retomar el encuadre delictivo inicial (voto del Dr. Hendler). Al comentar dicho precedente, señalé que ante la duda entre infracción y delito aduanero, la investigación debe cumplirse por el ilícito menor. Así, a través de ese enfoque mesurado se permite considerar que en un escalón antes del delito de contrabando se encuentra la infracción prevista en el art. 965, inc. b) del Código Aduanero, que justamente requiere el incumplimiento de la obligación que hubiere condicionado la excepción a la prohibición de importar un auto usado. (Ver Suplemento de Jurisprudencia Penal La Ley, 12-3-97 "Ante la duda entre infracción o delito aduanero, la investigación debe cumplirse por el ilícito menor. Una propuesta interesante que merece ser analizada").

(11) Ver "Supresión de la doble jurisdicción en materia de delitos aduaneros", Ponencia nro. 14 presentada por el Dr. Héctor Guillermo Vidal Albarracín en el II Congreso de Derecho Aduanero, realizado desde 31/5/95 al 2/6/95 en el Centro Cultural General San Martín, Buenos Aires.

(12) Tal como lo sugerí en mi trabajo "Los delitos aduaneros necesidad de su reforma", E.D. 27/1/95, y en la ponencia presentada conjuntamente con el Dr. Juan Carlos Bonzón Rafart, en el II Congreso de Derecho Aduanero, realizado desde 31/5/95 al 2/6/95 en el Centro Cultural General San Martín, Buenos Aires.