

EL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES CONTRAVENCIONALES ADUANERAS ⁽¹⁾

POR ENRIQUE C. BARREIRA

SUMARIO

- I. Las particularidades del derecho de las infracciones contravencionales aduaneras.
- II. El derecho penal sustantivo y el derecho penal contravencional.
- III. El modo en que se interpretaba la infracción aduanera y las bases en que se sustentaba esa interpretación.
- IV. Las razones que influyen en la existencia de ese estado de convicciones o creencias.
- V. La relación de la aduana con la mercadería y el desplazamiento de la persona del foco de atención de la aduana.
- VI. La multa aduanera y su negación como pena atribuyéndole una naturaleza “*sui generis*”.
- VII. La influencia del derecho fiscal en las infracciones aduaneras.
- VIII. Lo sustantivo en el derecho tributario no es lo sustantivo en el derecho aduanero.
- IX. El enfoque tributario de la “obligación de dar” frente al enfoque penal que parte de la violación de una obligación “de hacer” o de “no hacer” y su reflejo en la carga de la prueba.
- X. El cambio de concepción de la aduana, de un órgano recaudador a órgano ejecutor de la política del Estado en materia de comercio exterior.
- XI. La culpa como el incumplimiento a la observancia de los deberes operativos requeridos para que la aduana pueda cumplir su función de control.
- XII. El elemento subjetivo nunca dejó de existir en el fondo de las normas aduaneras, fuere de manera más o menos oculta.
- XIII. La necesidad de encontrar una fórmula sencilla de aplicar ante el juzgamiento personalizado pese a un escenario de tráfico masivo, respetando la exigencia de un reproche subjetivo.
- XIV. La necesidad de precisar el acto debido cuyo incumplimiento pueda ser objeto de reproche penal y el deber de conocer sus consecuencias
- XV. La responsabilidad por hecho ajeno, usualmente denominada “responsabilidad civil”.

(1) Este trabajo recoge la exposición brindada por el autor en la Universidad de la República (Montevideo, República Oriental del Uruguay) el 18 de noviembre de 2016.

I.- Las particularidades del derecho de las infracciones contravencionales aduaneras

1) Hace ya varios años, luego de egresado de la universidad, pasé por el ejercicio de la profesión en un estudio jurídico y, al poco tiempo, ingresé en el servicio jurídico de la aduana argentina, donde fui destinado a la dependencia que instruía y tramitaba los sumarios por las llamadas “infracciones”¹, en el ámbito de las oficinas aduaneras cometidas en la jurisdicción de Buenos Aires. En aquella aduana regían ciertos criterios y prácticas que se apoyaban más en la costumbre que en las disposiciones legales. Su convicción daba a sus actos firmeza y rapidez en las decisiones, y no debo ocultar que esa certeza que el funcionario tenía sobre lo que consideraba (no siempre acertadamente) debido o indebido, tenía como resultado un procedimiento ágil que hoy en día extrañamos.

2) Según el aprendizaje universitario, las contravenciones eran actos ilícitos de rango inferior al de los delitos y, sin embargo, algunos de los importes de las multas que se aplicaban en sede administrativa eran llamativamente gravosos. El dicho de que no hay pena sin culpa parecía no existir; la resolución o la instrucción parecía ser más imperativa que la ley o la propia Constitución y la responsabilidad por el hecho de un tercero era punible. En fin, era un lugar que invitaba a indagar sobre las fuentes a las que se remontaba ese derecho vivo y, así, determinar si había sustento para estas diferencias y de dónde provenían las vigorosas particularidades de ese derecho. Esto me llevó a ir tomando apuntes y pensamientos que luego y conjuntamente con los aportes que trajo Vidal Albarracín, plasmaran en un trabajo cuyos lineamientos se verán reflejados en los párrafos que siguen².

3) La existencia o inexistencia del elemento subjetivo en la infracción era motivo de agrias dis-

cusiones en las cuales las razones en pro y en contra eran sólidas, a punto de generar más dudas que certezas. Si bien en los pueblos primitivos la pena se origina en el instinto humano de venganza, la evolución hacia el monopolio de la fuerza en manos del Estado llevó a concebir que la función fundamental de la pena debía operar como defensa de la sociedad contra el peligro de comportamientos antisociales particularmente graves. Una vez más fue la impronta del derecho romano la que avanzó en ese sentido, desplazando la motivación particular de la venganza por la finalidad del Estado que atendió a la intimidación y la prevención y civilizó la pena adecuándola a criterios de mayor objetividad. La manera de llevarla a cabo fue mediante la función pedagógica-social de prevención general, desplegando una eficacia psíquica de advertencia e intimidación. El efecto buscado por la pena entonces, no era ya infligir un mal individual, sino la utilidad social que ese castigo producía como ejemplo tendiente a evitar la reiteración de conductas disfuncionales con la integración social³. Una advertencia que aliente a ciertos comportamientos requiere que el mensaje llegue a las personas cuya conducta se quiere influenciar. Estas deben poseer suficiente discernimiento para comprender el reproche social y tener la posibilidad de evitarlo, lo que requiere un mínimo de capacidad de entendimiento y de conciencia de la ilicitud del acto, así como la posibilidad fáctica o moral de hacerlo. Se requiere, pues, un mínimo de subjetividad en la adopción de la conducta que se le reprocha al sujeto pasivo de la pena.

II.- El derecho penal sustantivo y el derecho penal contravencional

4) En la idea de que el derecho penal tiene esa función de advertencia, intimidación y prevención, sus conceptos debían alcanzar a toda regulación de la potestad pública para castigar a quienes realiza-

1. El término infracción, que denomina a un género comprensivo de cualquier ilícito penal, suele ser utilizado en materia aduanera para referirse a las “contravenciones” o “infracciones contravencionales”. Ello movió a la Comisión Redactora del Código Aduanero argentino a establecer en su art. 892 que: “A los efectos de este Código, el término infracción se equipara a contravención”.

2. Enrique C. Barreira y Héctor G. Vidal Albarracín, “La responsabilidad en las infracciones aduaneras”, revista La Ley 1989-A, p. 925 y siguientes.

3. Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, traducción de José Luis de los Mozos, p. 183.

ren conductas reprochables merecedoras de castigo, abarcando un amplio espectro comprensivo tanto del derecho penal “común” o “sustantivo”, referido a las conductas que atacan la seguridad de los derechos individuales, usualmente castigadas bajo la forma de “delito”, como también al derecho penal “contravencional” o “administrativo”, referido a las infracciones que bajo amenaza de pena aplicable al particular, garantizan el cumplimiento de un deber respecto de la administración⁴.

5) La diferencia entre el delito y la contravención, decía James Goldschmidt, más que en el bien jurídico a tutelar, debe buscarse en la posición de la acción infraccional respecto de la actividad administrativa⁵. Decía Rafael Bielsa que el derecho penal es uno y se funde en principios comunes a los hechos lesivos de los bienes jurídicos. De tal manera no debe sorprender que un mismo bien jurídico puede ser protegido tanto por técnicas administrativas como penales⁶. El bien jurídico tutelado puede ser el mismo, aunque protegido en dos dimensiones distintas; en un caso procurando que no se vea afectado el bien jurídico principal, lo que se hace a través del delito, y en el otro, desalentando las actividades que pudieran poner en peligro ese bien jurídico esencial, lo que se hace a través de la contravención que usualmente castiga con penas menores, las conductas relativas a las actividades que debe realizar el particular frente a la administración⁷.

III.- El modo en que se interpretaba la infracción aduanera y las bases en que se sustentaba esa interpretación

6) En el derecho argentino muchos de esos principios se encontraban en las Ordenanzas de Aduana de 1876 y si bien su autor, Cristóbal de Aguirre, administrador de la Aduana de Buenos Aires, tenía

vastos conocimientos prácticos y teóricos en la materia, la legislación aduanera carecía de una teoría que explicara sus principios rectores. Había sido escasamente comentada por los hombres de derecho. Era una disciplina que, en esa época, se encontraba reservada a unos pocos iniciados que usualmente recurrían como fuente de conocimiento a la legislación extranjera con mayor desarrollo en la materia.

7) Desde el siglo XIX hasta pasada la mitad del siglo XX muchas aduanas se manejaban con criterios y principios, tales como que “*las defraudaciones y las contravenciones se configuran objetivamente y no se requiere la concurrencia del elemento subjetivo del delito, que es la culpabilidad en alguna de sus formas de dolo o culpa*” o que “*el hecho de los terceros puede generar la obligación de asumir la consecuencias derivantes, traducidas en el pago de multas u otras sanciones, con excepción de las corporales*”⁸. El axioma principal que venía del derecho francés era que “*la aduana juzga hechos y no intenciones*”. A él le seguían que “*la responsabilidad por las infracciones aduaneras es de carácter objetivo*”; “*las infracciones aduaneras no tienen en cuenta la buena o mala fe del infractor*”; “*la muerte del imputado no extingue la acción infraccional aduanera y los sucesores del infractor responden por las penas pecuniarias del causante*”; “*la prescripción de la pena por infracción sólo es aplicables a pedido de parte*”, o que “*tratándose de penas pecuniarias no se aplica la regla de que la responsabilidad penal es personal, creándose en cambio, una responsabilidad penal fundada en la presunción juris et de jure de participación en las infracciones para cierta clase de personas*”⁹. Muchos de ellos mantienen vigencia aun hoy en algunas aduanas del mundo, que siguen manejándose con criterios severos que castigan el mero “hecho” material, cuya denominación ya pone

4. Nuñez, Ricardo, “*Derecho Penal Argentino*”, Omeba, Córdoba-Buenos Aires, 1959, T° 1, § 1-II, p. 11); Soler, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, T.E.A., Buenos Aires, 1956, T° I, § 1-I, p. 23.

5. Citado por Nuñez, en la obra antes citada, T° 1, p. 24.

6. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Civitas, Madrid, 1998, T° II, Cap. XVIII-II-3, p. 164).

7. Barreira, Enrique C., y Vidal Albarracín, Héctor Guillermo, “*La responsabilidad...*”, antes citada, Capítulo IV -a), p. 934. Allí hemos utilizado la metáfora de que las contravenciones aduaneras son ilícitos que actúan como satélites del bien jurídico principal que caracteriza al delito de contrabando.

8. Fernández Lalanne, Pedro, “*Derecho Aduanero*”, Depalma, Buenos Aires, 1966, T° II, p. 830.

9. CSJN, Colección de Fallos, T° 184, p. 417.

de resalto la prescindencia de que el ilícito requiera de un “acto”, que es un hecho “humano”, atribuyendo la pena por el simple resultado no querido por la ley.

8) Estos axiomas aduaneros que gobernaban la práctica diaria del funcionario aduanero, marcaban una diferencia notoria entre el principio de la personalidad de la pena establecido en el derecho penal general y el régimen infraccional aduanero. Si bien la razón puede avanzar dejando de lado ciertos hábitos o pensamientos por encontrarlos erróneos o superados, el hombre no deja de ser un ser apegado a las costumbres, y el cambio cultural y consiguiente traspaso de esas ideas a la práctica diaria, suele llevar tiempo. Sucede, pues, que la cristalización de los nuevos paradigmas suele llegar mucho tiempo después que la idea nació y a veces con el traspaso de más de una generación.

IV.- Las razones que influyen en la existencia de ese estado de convicciones o creencias

9) Había varias razones para la creación de ese estado de convicciones o creencia:

a) La falta de una clara identidad de la responsabilidad contravencional.

b) La adscripción de la materia aduanera a la disciplina financiera y principalmente impositiva, que al comienzo del siglo XX estaba recién acostumbándose a abandonar el criterio fundado en el poder del Estado para adoptar el de su fuente en la ley.

c) El hecho de que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del derecho impositivo, la aduana mantiene un trato inmediato con las “cosas” (la mercadería), lo que la enfrenta con limitaciones a su accionar, impuestas por el debido respeto al derecho real del propietario, más que con los límites de un derecho creditorio.

d) En el mismo orden de ideas descripto en el párrafo anterior, la teoría de que el derecho de aduana funciona como una carga “real” sobre la mer-

cadería y que, por lo tanto, la relación jurídica se entablaba entre la Aduana y la cosa, con independencia de la persona que fuera propietario, poseedor o mero tenedor de ella.

e) Por la razón antes mencionada, que la máxima pena aplicable en materia aduanera era el comiso, esto es la apropiación de la mercadería por el acreedor del tributo aduanero.

f) Aun cuando se admitiera el carácter personal de las penas pecuniarias (independientemente del límite al valor de la mercadería que representaba el comiso), que la naturaleza pecuniaria facilita transferir la incidencia de la obligación de pago a personas que no necesariamente eran infractoras, lo que permitía el pago por un tercero y hasta la responsabilidad solidaria para el pago, que no era compatible con la personalidad de la pena sostenida en el derecho delictual, en donde la pena corporal era predominante.

V.- La relación de la aduana con la mercadería y el desplazamiento de la persona del foco de atención de la aduana

10) En el siglo XIX la idea divulgada por Laband de que el derecho de aduana no grava a la persona que goza de la disponibilidad jurídica de la mercadería sino a ésta¹⁰, era mayormente aceptada, fuera de manera consciente o inconsciente. Ella reconoce una realidad, y es que la mercadería es el objeto de la atención del Estado del país en el cual es importada, y su naturaleza, especie, calidad, cantidad, origen y estado, son los que concentran la atención de la aduana en vista de la conveniencia o inconveniencia de que ingrese al circuito económico interno o salga del mismo. El individuo está en un segundo plano y se llega a él por la tenencia o posesión de la mercadería. La obligación aduanera no es una carga real, pero se acerca mucho a una obligación “*propter rem*”, que cabalga sobre la cosa misma, sea quien fuera el titular de ella¹¹. Esta idea explica que la pena de comiso afectara a

10. Paul Laband, “*Le Droit Public de L’Empire Allemand*”, V. Giard & Briere, traducción al francés de Savinien Boussy, T° 6, Paris, 1904, p. 179. Sobre la teoría de Laband, ver nuestro trabajo “*La obligación tributaria aduanera y el hecho gravado por los derechos de importación*”, Revista de Estudios Aduaneros, órgano del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Buenos Aires, N° 12, 1998, p. 89.

11. Barreira, Enrique C., “*La obligación tributaria aduanera y el hecho gravado por los derechos de importación*”, Revista de Estudios

la mercadería con prescindencia de quien fuera su propietario y que se pusiera la atención en el resultado más que en la acción¹².

11) Fue necesaria la dura polémica entre Laband y Otto Mayer, para que se llegara a tomar conciencia de que existiendo el derecho sólo en las relaciones que se crean entre personas, la relación tributaria no escapaba de esa regla y que, por lo tanto, la relación no era con la mercadería sino con quien tuviera la disponibilidad jurídica de ella¹³. Pero, mientras tanto, gran parte de las consecuencias de aquél modo de pensar fueron penetrando en la doctrina jurídica y en las legislaciones aduaneras para permanecer allí durante mucho tiempo. La responsabilidad de “la mercadería” despersonalizó el ilícito aduanero y convalidó la idea de una responsabilidad objetiva.

12) De la mano de estas ideas se volvió por vía indirecta a un derecho primitivo, pretendiendo personalizar las cosas y castigarlas. Si el sujeto pasivo del tributo y de la sanción aduanera era considerada la mercadería, se permitía sortear el debido respeto a los derechos individuales de la persona que tenía la disponibilidad de ella y, de esa manera, avasallarlos. Era un modo de pensar, cómodo para la Aduana e incómodo para el administrado, que veía afectado su derecho de propiedad a la vez que su derecho de defensa¹⁴. Desde el punto de vista sancionatorio ello incidía en que la infracción aduanera estaba signada más por el “efecto” (o “resultado”) contrario a la ley que por un reproche a la conducta de la persona del infractor.

13) La jurisprudencia fue corrigiendo esa tendencia, extendiendo a las contravenciones algunos de los principios penales contemplados para los delitos¹⁵. Pese a ello, en general la administración y los jueces coincidían en que el derecho infraccional aduanero era un derecho especial que no se regía totalmente por los principios generales del derecho penal, lo que permitía a la aduana prescindir del cumplimiento, al menos en forma parcial, de los límites y garantías que el derecho penal sustantivo otorgaba a los imputados.

VI.- La multa aduanera y su negación como pena atribuyéndole una naturaleza “sui generis”

14) Los autores franceses, que eran consultados por la doctrina aduanera, expresaban que si bien la mayoría de los juristas especializados consideraban que las multas aduaneras eran una “pena”, la jurisprudencia de su país, casi por unanimidad, sostenía lo contrario, hasta que la Corte de Casación, en lo que Pallain califica como “salida de compromiso”, declaró que estas multas tenían el carácter de “pena” al mismo tiempo que de “reparación civil”, concluyendo que tenían entonces un carácter “mixto”. La doctrina respondió que una lógica rigurosa no admitía que una condena pudiera ser a la vez civil y penal, y que era necesario distinguir cual era la parte civil y cual la parte penal de una multa¹⁶. Un prestigioso autor sostuvo que la teoría del carácter mixto de la infracción aduanera tenía, “como la estatua bíblica, los dos pies de barro” pues el recargo es siempre des-

Aduaneros, Buenos Aires, Segundo semestre de 1998, N° 12, Cap. II, ps. 92 y 93.

12. En 1927 Max Scheller enseñaba que la ética valora la conducta en atención: (i) al resultado que es su efecto (aspecto externo); y (ii) a la intención del autor (aspecto interno). Siendo el derecho, por esencia, ética, no es de extrañar que estos son los dos criterios básicos en que reposa la atribución de responsabilidad penal en la escuela clásica. Al desplazarse la existencia de la persona (autor) se dejaba de lado el aspecto interno y sólo quedaba juzgar por el resultado.

13. Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1982, traducción del francés por Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, T° II (Parte especial) § 27-2, ps. 218-219 y nota 18. En la nota, luego de comentar la posición de Laband, el autor expresa “*El derecho de aduana es un impuesto. Ahora bien, el impuesto es una deuda personal; para asegurar el pago la administración puede hacer valer derechos sobre la mercadería afectada por el impuesto, pero no son nunca más que derechos accesorios que tienen el carácter general del derecho de prenda*”.

14. Aún hoy en día en el lenguaje común del aduanero escuchamos preguntar *¿cuánto paga esta mercadería?* y como respuesta “*esta mercadería paga el tanto por ciento*”. Este lenguaje, nos da una pista acerca del modo en que pensamos e indica que inconscientemente estamos poniendo a la persona a un lado.

15. El Art. 4° del Código Penal Argentino dispone que las disposiciones generales del Código Penal son aplicables a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario, y sobre esa base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había resuelto que la palabra “delitos” allí establecida era extensiva a las contravenciones administrativas.

16. Georges Pallain, “*Les douanes françaises*”, Librairie Administrative Paul Dupont, Paris, 1912, T° III, § 2683, p. 297; Edgard Allix, «*Les droits de douane, Traité théorique et pratique de législation douanière*», Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, Cap. XXXII, p. 275.

proporcionadamente superior al interés de la mora, mientras que en materia civil la reparación debe ser equivalente al daño ocasionado¹⁷. Pese a los razonamientos que aconsejaban desechar ese punto de vista, esta posición se ha mantenido vigente en Francia hasta hace pocos años¹⁸. Ello desconoce que la pena consiste en irrogar una privación de un bien a quien infringe la norma (vida, libertad, propiedad, derecho a trabajar o ejercer su profesión, etcétera), mientras que la responsabilidad civil procura el resarcimiento del daño producido como consecuencia del acto ilícito y no su castigo. En el primer caso está interesado el Estado como custodio del principio de justicia y en el segundo el individuo perjudicado interesado en que se restablezca el derecho que fue afectado.

VII.- La influencia del derecho fiscal en las infracciones aduaneras

15) Para comprender lo que estaba sucediendo detrás de esos cambios, quizás valga recordar que hasta la segunda mitad del siglo XX la legislación aduanera era vista como una parte del derecho fiscal, sin que hoy en día se hayan removido del todo los resabios de esa visión. La doctrina expresaba que *“La legislación aduanera que reglamenta el comercio de importación y exportación entre nuestros puertos y los de los países extranjeros, tiene por fin principal asegurar la fiel percepción de los impuestos fiscales que constituyen entre nosotros, la mayor parte de los recursos del Estado”*¹⁹. En sentido concordante, la

jurisprudencia sostenía que: *“El objeto fundamental de las Ordenanzas de Aduana, es dar para la percepción del impuesto, reglas a las que han de ajustarse los procedimientos de la administración”*²⁰.

16) Las penas propias del derecho sancionatorio impositivo llegaba a confundir los intereses punitivos sobre el impuesto (recargos punitivos aplicables al contribuyente moroso) con la pena de multa, que mantenía cierta relación con el monto del capital adeudado, pues ambos apuntaban a castigar la falta de ingreso del impuesto en término. La obligación tributaria generada entre la autoridad impositiva y el contribuyente remiso reconoce una clásica naturaleza de relación creditoria del derecho civil, en la que el acreedor era el fisco y el deudor era el sujeto pasivo del pago del tributo. En esta relación jurídica, la falta de pago daba por descontada la culpa del deudor. Tropezamos acá con la confusión del carácter resarcitorio (propio del interés sobre el capital no pagado) y el carácter punitivo (multa por el incumplimiento del deber administrativo) que vimos antes al referirnos a la denominada responsabilidad “mixta” que en Francia se sostenía respecto de las penalidades aduaneras (ver precedente párrafo 14 de este trabajo).

17) Hoy en día es mayormente reconocido que los derechos de importación (tendientes a encontrar cierta protección a la industria nacional) o los derechos de exportación (que protegen el abastecimiento del mercado interno y regulan el flujo de medios de pago al

17. Ariosto González, *“Derecho Aduanero Uruguayo – Comentarios a la Ley Represiva”*, Claudio García Editores, Montevideo, 1946, ps. 40 y ss.; también del mismo autor, *“Tratado de Derecho Aduanero Uruguayo”*, edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1962, T° I, § 23, p. 71, con cita de Andrés Henry; Georges Pallain; Lecuyer y Vidal.

18. Claude J. Berr y Henri Tremeau, *“Le Droit Douanier - Communautaire et national”*, 7a. Edición, Ed. Económica, París, 2006, Parte Cuartas, Capítulo II § 1, p. 415. Allí el autor expresa que la infracción aduanera es por esencia ambigua y el tratamiento que le es reservado oscila entre dos polos: el derecho penal y el procedimiento penal por una parte y el derecho fiscal por otra parte. Sin embargo -continúa diciendo- cabe observar que la jurisprudencia afirma con insistencia que las penas pecuniarias (multas y comiso), lejos de no tener más que una función reparadora de los intereses del Tesoro, tiene igualmente una función represiva (p. 415-416), añadiendo más adelante que la Corte de Casación ha reconocido que las multas y confiscaciones pronunciadas en materia aduanera, si bien tienen un carácter de reparación civil no dejan de tener un carácter penal, y que al menos la multa aduanera al menos tienen un carácter mixto; con cita del fallo de la Cámara de Casación Criminal del 26 de febrero de 1990, Bull. crim. n° 93, p. 244 (ps. 418-419 y nota 11).

19. Basaldúa (h), Ismael, *“Legislación Penal Aduanera”*, Buenos Aires, 1923, p. 5. Este autor expresaba en otro trabajo: *“Si los impuestos aduaneros se justifican porque su producido se requiere para que el Estado viva y progrese, estos hechos que atacan en su base a una de las mayores fuentes de recursos de un Estado, atentan contra el Estado mismo, son hechos ilícitos que se cometen contra la cosa pública y han sido castigados severamente por las Ordenanzas de Aduana a través de sus claras disposiciones”* (*“Procedimiento Administrativo en las Causas de Aduana”*, publicación del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1938 (Capítulo II, § 5, p. 15; este trabajo fue laureado por la Institución Mitre con el Primer Premio “Vicente López”, con medalla de oro y diploma en los concursos universitarios de 1937 y 1938).

20. Cámara Federal de la Capital Federal (Argentina), 5/11/1928, “Moschini vs. Gobierno Nacional”, revista *Jurisprudencia Argentina* T° 52, p. 325.

ingreso por razones de política económica), son tributos extra-fiscales²¹. Pero aun cuando un tributo no tenga finalidad recaudatoria, sigue siendo una exacción forzosa que golpea el patrimonio del particular, distinguiéndose de la pena pecuniaria en que no es la consecuencia de un acto prohibido sino que, nos atrevemos a decir, por el contrario suele ser querido por el Estado, como sucede con el flujo del comercio exterior²².

18) Las penas pecuniarias (multa o comiso) si bien proporcionan una ventaja económica al Estado no se han concebido con ese fin, sino con el de infligir un castigo al transgresor de la norma²³. Si se aplica un impuesto para que una conducta no se realice ¿en qué se diferencia su efecto práctico de la pena de multa aplicable a quien realiza el hecho no querido? En ambos casos el perjudicado es el ciudadano que se ve sancionado con la privación de una parte de su propiedad en virtud de una orden estatal no acatada. En materia aduanera hablamos de restricciones arancelarias o no arancelarias, para distinguir los derechos de aduana de las prohibiciones a la importación o exportación. Cuando éstas se transgreden, el castigo es usualmente una pena pecuniaria que surte un efecto negativo en el patrimonio del infractor, aunque generalmente más severo que el de un derecho de importación. El punto importante de esto

radica en proporcionar al sujeto pasivo de este tipo de tributos, garantías de defensa que tengan una eficacia equivalente a las que son reconocidas en materia punitiva, porque el bien jurídico afectado en ambos casos es el derecho individual de propiedad.

19) Tan injusto es aplicar una pena sólo porque la conducta genere un efecto no querido por la ley (resultado), como también aplicarla fundándose exclusivamente en la subjetividad del sujeto (fuere intención o descuido en el deber de cuidado). Quienes hacen prevalecer el desvalor del “efecto” que se procura evitar con la norma (esto es, el resultado lesivo o el acto que posibilite que ese resultado pudiera producirse), por sobre el desvalor de la “acción” (consciente) del sujeto, se acercan a la aprobación de una responsabilidad objetiva, esto es, que no tenga en cuenta la capacidad de delinquir, ni las circunstancias que pudieran excluir su imprudencia o negligencia de acuerdo a las circunstancias del caso²⁴.

VIII.- Lo sustantivo en el derecho tributario no es lo sustantivo en el derecho aduanero

20) Los criterios que partieron de las hipótesis de sancionar la falta de pago del tributo, pretendie-

21. Hay uniformidad doctrinaria en considerar que los tributos aduaneros son principalmente extrafiscales: Allix, Edgard, y Lecercle, Marcel, *“Les droits de douane”*, París, 1932, t. I, p. 2; Giannini, Achille Donato, *“Instituciones de Derecho Tributario”*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, traducción de Fernando Sainz de Bujanda, párrafo 26, p. 64; González, Ariosto, *“Derecho aduanero uruguayo”*, Claudio García & Cía. Editores, Montevideo, 1946, p. 19; Sortheix, Juan J. A., *“La estructura del hecho gravado por los derechos de importación”*, Revista Derecho Aduanero, Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna, 1973, t. V-A, p. 290; Basaldúa, Ricardo X., *“Derecho Aduanero”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 230; y del mismo autor, *“Tributos al Comercio Exterior”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Título IV, Cap. I, ps. 140-142 y nota 20; Giuliani Fonrouge, Carlos María, Depalma, Buenos Aires, Tercera edición, 1982, T° I, § 157, p. 260; Baleiro, Aliomar, *“Direito tributario brasileiro”*, 10ª. Edición, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 126; Lampreave, José Luis, *“Notas para la configuración jurídica tributaria de la importación”*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Madrid, Vol. XXI, N° 92, marzo-abril 1971, ps. 261 a 264; Azevedo Lopes Filho, Osiris, *“Regimes aduaneros especiais”*, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 27; Galli, Guillermo Pablo, en la obra *“Manual de Finanzas Publicas”*, publicada con Mordeglia, Albacete, Damarco, Fernandez de la Puente, Navarro y Torres, AZ Editora, Buenos Aires, 1977, Capítulo III (Recursos Públicos), p. 162; Galera Rodrigo, Susana, *“Derecho aduanero español y comunitario”*, Civitas, Madrid, 1995, p. 59; Lence Carlucci, José, *“Uma introdução ao direito aduanero”*, Aduaneiras, 1997, Capítulo VI, punto 1, p. 44; Da Rosa, Luiz Emygdio F., (jr.), *“Manual de Direito Financiero & Direito Tributario”*, 11 edición actualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, ps. 212 y 344; Barreira, Enrique C., *“La obligación tributaria aduanera y el hecho gravado por los derechos de importación”*, Revista de Estudios Aduaneros, Buenos Aires, Segundo semestre de 1998, N° 12, p. 88 nota 3 y 128.

22. Dice Cortés Domínguez que la multa se diferencia del impuesto en que se aplica ante una acción típica y posee un distinto fundamento. Mientras una es la consecuencia de un acto antijurídico que contraría al ordenamiento, en el impuesto la acción es conforme a derecho (*“Ordenamiento Tributario Español”*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, Cap. VII-4-A, p. 169). En la medida en que los criterios para definir el tributo prescindan de la finalidad fiscal y se basen exclusivamente en sus manifestaciones externas caracterizadas por constituir en exacciones legalmente autorizadas, la semejanza con la pena patrimonial aumenta hasta llegar en algunos casos a confundirse.

23. Giannini, A. D., *“Instituciones de Derecho Tributario”*, traducción del italiano por Fernando Sainz de Bujanda, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1957, Cap. II, § 26, p. 64.

24. Se ha dicho que si no se tuviera en consideración el desvalor del resultado y se analizara sólo el desvalor de la acción, estaríamos ante una tentativa, mientras que si se produjera el desvalor del resultado pero no se pudiera constatar el desvalor de la acción faltaría el hecho antijurídico (Claus Roxin, *“Derecho Penal – Parte General”*, traducido del alemán por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1999, T° I, § 10, n° 88, ps. 319/320.)

ron extenderse a los incumplimientos de los deberes considerados “formales” pero que en materia aduanera revisten otras características. Pensemos en la hipótesis de una mercadería que no está gravada con derechos de aduana, pero cuya importación o exportación estuviera prohibida por razones de orden no económico; la correcta declaración de su naturaleza, especie, calidad, origen y estado son de vital importancia para determinar si se puede permitir que ella ingrese al circuito económico nacional o que salga sin advertencia alguna a otro país. Sin embargo estos deberes no encuentran su fundamento en el pago del tributo sino en la defensa de otros bienes jurídicos que hace a políticas muchas veces emparentadas con la subsistencia de valores que hacen a la preservación de la sociedad misma.

21) El derecho tributario considera a la obligación del pago del tributo como el deber “esencial”, que hace a la relación jurídica “material” o “sustantiva” de la disciplina. Los restantes deberes, tales como la declaración impositiva u otros tendientes a posibilitar que el pago del tributo se produzca de la manera exigida, son considerados deberes propios de una relación jurídica “formal” o “adjetiva”. Éstas tendrían una menor importancia, debido a que son instrumentales para el deber esencial del pago²⁵. No sucede lo mismo en materia aduanera. En ésta, la aduana tiene como principal objetivo inmediato controlar la situación jurídica de la mercadería en relación con el ingreso de ella al territorio aduanero o su salida del mismo. En esta tarea, el cobro de los derechos de aduana es uno, entre otros, de los condicionamientos requeridos para que el Estado autorice la entrada o la salida antes aludida. El deber esencial es el cumplimiento de las condiciones que el Estado exige para la entrada o salida de la mercadería. En ese contexto el pago del tributo

es uno más entre los requisitos exigidos para que ese desplazamiento pueda concretarse²⁶. En materia aduanera, el pago de los derechos de importación o de los derechos de exportación es un medio instrumental para establecer el sobre costo que el importador o exportador debe soportar para lograr que se le autorice el ingreso de la mercadería al circuito económico interno o el egreso del mismo al exterior, respectivamente.

IX.- El enfoque tributario de la “obligación de dar” frente al enfoque penal que parte de la violación de una obligación “de hacer” o de “no hacer” y su reflejo en la carga de la prueba.

22) Como vimos, mientras la estructura aduanera se basaba en el paradigma del orden recaudatorio, su esencia se hizo radicar en una prestación de dar una suma de dinero en un tiempo determinado, indicándose que el simple vencimiento del plazo irrogaba la mora. La prestación a cargo del importador o exportador consistía básicamente en la entrega del importe correspondiente al tributo en un plazo dado, por lo que acreditar su incumplimiento implicaría la prueba de un hecho que no sucedió (un hecho negativo), de muy difícil o imposible producción para el acreedor, pero más fácil de probar para el deudor. El criterio de que la mora al deudor se produce automáticamente con el vencimiento del plazo para cumplir, que suele regir en las leyes civiles, comerciales y tributarias, hace presumir el incumplimiento salvo que el deudor demostrara que se ha liberado de la obligación exhibiendo la prueba de la constancia de pago²⁷. Pero esa no es la regla cuando los deberes prohíben actos ilícitos, pues és-

25. Jarach, Dino, “*El hecho imponible – Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, 3ª. Edición, p. 14 y nota 7; del mismo autor “*Finanzas Públicas y Derecho Tributario*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 366; Ramón Valdés Costa, “*Instituciones de Derecho Tributario*”, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 2; del mismo autor, “*Curso de Derecho Tributario*”, Depalma-Temis- Marcial-Pons, Bs. Aires, Bogotá Madrid, 1996, ps. 300/301; Catalina García Vizcaíno, “*Derecho Tributario*”, Depalma. Buenos Aires, 1996, T I, p. 164/165; Héctor Belisario Villegas, “*Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*”, Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 235; entre otros.

26. Barreira, Enrique C., “*La relación jurídica tributaria y relación jurídica aduanera*”, Revista de Estudios Aduaneros, N° 18, Primer Semestre de 2007, especialmente ver párrafos 64 a 67 en ps. 68 y 69. Este trabajo fue presentado en el “Tercer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero” organizado en Barcelona el 7 y 8 de junio de 2007 por el Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas, oportunidad en la que se creó la Academia Internacional de Derecho Aduanero.

27. Colmo, Alfredo, en su magnífica obra “*De las obligaciones en general*” (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, §§ 109-110, ps. 84-85), explicaba que la culpa contractual se presume porque: “*Es el deudor que pretenda haber cumplido quien deberá suministrar la prueba*

tos, por el contrario, requieren de la probanza del acto antijurídico.

23) Un deber que se agotaba con el pago en término sin tener que probar el incumplimiento culpable del deudor daba pábulo a que el funcionario (que trabaja sobre la base de reglas de procedimiento casi automáticas), confundiera la atribución directa del hecho al infractor, con la imagen propia de una responsabilidad objetiva. No era necesario indagar si el administrado había obrado con intencionalidad, negligencia, imprudencia, impericia y buena o mala fe. Pero ese razonamiento falla cuando la prestación no consiste en una obligación de “dar una suma de dinero”, sino en una prestación “no hacer”, como cuando se prohíbe el uso o transferencia de determinada mercadería que se encuentra sujeta a restricciones propias de su tratamiento aduanero, en que deberá probarse que esa situación ha existido; o bien cuando se trate de una prestación consistente en un “hacer” calificado en razón de ciertos fines, como la de declarar en forma completa y veraz las características de una operación o de una mercadería en que deberá probarse la incorrección. Justamente, la figura delictual más importante del derecho aduanero, que es el contrabando, consiste en el incumplimiento de prestaciones de “no hacer” o “de hacer” específicas.

X.- El cambio de concepción de la aduana, de un órgano recaudador a órgano ejecutor de la política del Estado en materia de comercio exterior.

24) Tomar conciencia del avance de la moderna concepción de la aduana como brazo ejecutor de la

política comercial del Estado en el comercio exterior y de que la función aduanera no se agota en un objetivo recaudatorio, implicó aceptar el cambio en la función que debe desempeñar la aduana en el seno del Estado y reformular el alcance del objeto de la relación jurídica aduanera. Ello se reflejó, entre otras consecuencias, en el ámbito tributario y sancionatorio. La intención del cobro de los derechos de aduana no apuntará ya a fortalecer las partidas del presupuesto, sino a cumplir la política comercial del Estado en relación con otros países, alentando o desalentando importaciones o exportaciones según las circunstancias y en razón de múltiples y diferentes finalidades (económicas o no económicas). Por otra parte, el tributo no será la única herramienta de política comercial. Al lado de él aparecerán regímenes operativos de aliento o de restricción del flujo comercial cuyos deberes al ser incumplidos traerán aparejada una ampliación de la materia punible.

25) El cambio de concepción, en gran parte potenciado por las investigaciones llevadas a cabo por el Consejo de Cooperación Aduanera (hoy denominado Organización Mundial de Aduanas) para el armado de la Comunidad Económica Europea a fines de los años cincuenta y principios de los sesenta del siglo XX, se comenzó a notar en el cambio de la jurisprudencia de los tribunales de justicia. En Argentina fue la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación la que a fines de la década de 1960 aceleró el camino hacia la admisión de los principios generales del derecho penal, tales como que la necesidad del elemento subjetivo en la conducta del infractor, la prescripción aplicable aun cuando el imputado no lo solicitara, la aplicación la ley penal más benigna y otros más²⁸, que se venían aplicándose en virtud de una norma del Código Penal²⁹.

del hecho. La razón es de toda obviedad en derecho procesal: el acreedor no puede probar el hecho negativo del incumplimiento; el deudor está en buenas condiciones para demostrar el hecho positivo del cumplimiento (con testigos, con recibos, etc.). Pero ello es así porque de ordinario la obligación del deudor consiste en un hecho positivo (pagar, entregar una cosa, prestar un servicio). Si, al contrario su obligación fuese de no hacer, entonces la situación se invierte: el acreedor debe justificar lo positivo del derecho con el cual se ha violado el no hacer debido. Y es eso, cabalmente lo que sucede en las obligaciones delictuales: el deudor está siempre obligado a no hacer....”. Cabe tener en cuenta que el autor se refiere al ámbito del derecho privado, pero los principios en este caso son aplicables al derecho público no contractual, pues la relación jurídica tributaria denominada “sustantiva” está articulada en una relación jurídica creditoria, al igual que la civil, mientras que los deberes aduaneros de no omitir la autorización previa del servicio aduanero a la importación o exportación; de no omitir la declaración de las características de la mercadería en las solicitudes de importación o exportación o de no hacerlo de una manera inexacta o equívoca; de no transferir la mercadería sujeta a exenciones o preferencias durante un plazo y otras, se basan en una prestación de “no hacer” lo que se considera indeseado, cuya realización antijurídica debe ser probada por la Aduana.

28. Enrique C. Barreira y Héctor G. Vidal Albarracín, “La responsabilidad en las infracciones Aduaneras”, ya citado, Capítulo II-B.

29. Ver la nota 15.

26) El acercamiento de la doctrina penal a las contravenciones o infracciones aduaneras se sustentó en que tenían un fundamento ejemplificador y de prevención. Éste se vio reforzado por el alejamiento de la idea del tributo aduanero como mero recurso fiscal y por el avance de la moderna concepción de la aduana como brazo ejecutor de la política comercial internacional.

27) Aquella conducta, que se veía como una “defraudación” por el engaño que generaba un desplazamiento patrimonial indebido y cuyo castigo se podía interpretar como parcialmente “resarcitorio” del menor ingreso fiscal, perdió el vigor de otros tiempos, sumado a que el control aduanero comenzó a concentrarse en regímenes especiales de destinaciones suspensivas, tales como las importaciones o exportaciones temporarias para perfeccionamiento o depósitos industriales, en los cuales el ingreso o egreso de la mercadería no estaba sujeto a tributos y, sin embargo, generaban múltiples deberes del administrado ante la Aduana.

XI.- La culpa como el incumplimiento a la observancia de los deberes operativos requeridos para que la aduana pueda cumplir su función de control.

28) En el derecho penal se estila que las figuras descritas deben tener la modalidad dolosa; esto es que debe haber una intención de que se genere como consecuencia de la conducta desplegada un resultado que la norma considera reprochable. Para que no existiendo dolo la sanción puede ser igualmente aplicada, debe haber una norma expresa que así lo indique adoptando una fórmula que ponga de resalto que a través de dicha conducta se ha incumplido con la diligencia, prudencia, o pericia exigida

por la sociedad en este tipo de circunstancias. Esta es la figura de la culpa o negligencia que sería la omisión de prever determinados acontecimientos que la ley considera indeseables y que, en cuanto consecuencias de determinadas conductas, pueden ser normalmente previstos de manera que pueden ser evitados no dando oportunidad de que se suscitaren o impidiendo que se produjeran³⁰. La infracción culposa es, entonces, la omisión del deber de cuidado; el no cumplir con la conducta que evite la posibilidad de que se pueda producir determinado resultado lesivo al bien jurídico. A diferencia del delito en que la regla es el dolo salvo que se diga otra cosa, la contravención es ordinariamente punible en su forma culposa, salvo que la ley requiera expresamente que se produzca dolosamente³¹.

29) Si la aduana tiene por función principal el control de las importaciones y exportaciones y exige que éstas se realicen a través de un trámite determinado, una clara transgresión se produce si se elude dicho trámite o procedimiento, tendiente a introducir o extraer la mercadería. La gravedad del desvío del control ordinario de la autoridad, puede poner de manifiesto cierta intencionalidad, en razón de las circunstancias o de su obvedad, indicándose características básicas de lo que se suele configurar como delito de contrabando, que afecta al bien jurídico principal del derecho aduanero, el control de las importaciones y exportaciones.

30) Pero al lado de ese caso extremo hay dentro del trámite ordinario ante la aduana una serie de requisitos y deberes impuestos a quienes están en estrecho contacto con los trámites operativos (importador, exportador, despachante de aduana, transportista y su agente, etcétera). Esas personas suelen estar obligadas a tener ciertos conocimientos que exceden los usuales para el resto de los habitantes y, algunas veces sólo son admitidos a desempeñarse

30. Kelsen, Hans, *“Teoría pura del Derecho”*, segunda versión, Ed. Universidad Autónoma de México, con traducción del alemán de Roberto Vernengo, México 1979, Capítulo IV, § 28 punto e), p. 136. Edmundo Mezger, en su *“Derecho Penal - Libro de Estudio, Tº I (Parte General)”* traducido de la 6a. edición por Conrado Finzi, El Foro, Buenos Aires, expresa *“Actúa culposamente aquél a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias”* (§ 70-II, p. 256). Luis Jiménez de Asúa, *“La ley y el delito”* Hermes, Buenos Aires, 1966 expresa *“Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”* (§ 238, p.371). Cabe aclarar que el “resultado” del acto culposo puede consistir en una “puesta en peligro”.

31. Soler, Sebastián, obra citada, § 43-XV, Tº II, p. 154.

en esos roles si demuestran tener el conocimiento de la materia necesario para ello. La regla de que, cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la responsabilidad por las consecuencias que pudieren resultar³², está marcando que quien está incorporado a los registros aduaneros como técnico o profesional idóneo para las tareas, asume mayores responsabilidades que quien no lo está. Será deber de la Aduana precisar esos deberes como un modo de garantizar el cumplimiento adecuado de las funciones de sus auxiliares particulares. El incumplimiento de los deberes requeridos generaría el castigo ante el simple “peligro” de que el resultado lesivo para la exigencia normativa se produzca.

XII.- El elemento subjetivo nunca dejó de existir en el fondo de las normas aduaneras, fuere de manera más o menos oculta.

31) En esta confusa mezcla de fuentes jurídicas y metajurídicas que influyeron en el derecho aduanero, algunas normas de la antigua legislación aduanera, dejaban entrever que en el espíritu del legislador había cierta consideración hacia el elemento subjetivo que surgía del acto del pretendido infractor. Aun bajo una categórica afirmación de la teoría de la responsabilidad objetiva veremos causales de exclusión de la pena como la no imputabilidad del menor de edad o del demente³³, así como la existencia de atenuantes atendiendo al menor reproche del acto.

32) La responsabilidad objetiva en rigor de verdad, nunca fue de aplicación absoluta en el escenario del derecho infraccional aduanero. Ello se

advierde cuando entra a tallar la imputabilidad como capacidad de infringir la norma, o el atenuante de la pena en razón de un ideal de proporcionalidad de la pena con el reproche social o, finalmente, un mínimo de culpa en el incumplimiento del deber de cuidado para evitar el resultado lesivo a algún bien jurídico tutelado por el ordenamiento que, como vimos, en el caso aduanero es principalmente el del control del cumplimiento de los recaudos exigibles.

XIII.- La necesidad de encontrar una fórmula sencilla de aplicar ante el juzgamiento personalizado pese a un escenario de tráfico masivo, respetando la exigencia de un reproche subjetivo.

33) A diferencia de los criterios propios de los códigos penales, en donde la figura delictual del dolo es la regla, en las figuras de las infracciones contravenionales aduaneras la regla es que el mero incumplimiento de los deberes estatuidos en la ley y sus normas complementarias implica, al menos, negligencia. La contravención o simple infracción se presenta ante el incumplimiento de un deber establecido por el régimen operativo, por lo que es ordinariamente punible en su forma culposa, sin descartar que hubiera podido existir alguna intención, pero sin la exigencia de que ello se encuentre acreditado³⁴. Ello brinda agilidad al tráfico comercial que, como decía Antolisei, ahorra al funcionario la indagación sobre la actitud psíquica del sujeto, mirando al hecho realizado y estableciendo la pena ante la presunción de culpa por el incumplimiento del deber administrativo³⁵.

34) Se obtiene así, un procedimiento sencillo que facilita el control que debe realizarse sobre

32. Es la regla que traía el Código de Prusia en su Primera Parte, Título 3, art. 9, y fue tomada por Vélez Sarsfield para la redacción del art. 902 del Código Civil Argentino que rigió desde 1871 hasta 2015, pasando a ser el actual art. 1725 del Código Civil y Comercial vigente que establece: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

33. Basaldúa, Ismael, “*Legislación Penal Aduanera*”, obra citada p. 23. Este autor expresa que “*la circunstancia de que las leyes aduaneras no tomen en cuenta la intención criminal o sea el propósito de ejecutar un acto ilícito que hacerle producir sus efectos, no significa, de manera alguna, que la ley pueda llegar hasta el extremo de castigar el hecho de un sujeto incapaz de voluntad o que no ha podido proceder libremente. Se requiere por lo menos que el agente sea capaz de voluntad y que esa voluntad haya podido ejercitarse libremente... Un demente, por ejemplo: no podría ser declarado responsable de una infracción. Tampoco lo sería quien probara que la infracción proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor, es decir de circunstancias independientes de su voluntad, que no han podido preverse ni evitarse*”. Como se advierte, el autor luego de descartar la necesidad del dolo, está admitiendo el elemento subjetivo de la configuración de la infracción aduanera a través de la presunción de culpa por la mera transgresión al deber normado.

34. Sebastián Soler, “*Derecho Penal Argentino*”, TEA, Buenos Aires, 1956, T° II, § 43-XIV, p. 153.

35. Luis Jiménez de Asúa, “*Tratado de Derecho Penal*”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, T° V (La culpabilidad) § 1533, p. 281.

operaciones que se producen diariamente de un modo masivo, sin perjuicio de que el imputado pueda eximirse de responsabilidad acreditando que no incumplió deber alguno o que hubo razones ajenas a su voluntad que le impidieron evitar el resultado o el peligro del resultado indeseado por el ordenamiento. Se pretende así llegar al ideal de máxima celeridad sin menoscabar la seguridad.

XIV.- La necesidad de precisar el acto debido cuyo incumplimiento pueda ser objeto de reproche penal y el deber de conocer sus consecuencias.

35) Puede sostenerse que hay ciertos deberes implícitos que no necesariamente surgen de normas específicas de orden operativo. Tal es lo que ocurre por ejemplo en los delitos culposos en que debe ponerse cuidado en evitar el resultado lesivo sin especificación de los medios necesarios para que ello suceda. Pero esta suerte de vaguedad de la conducta debida gana en previsibilidad y por lo tanto en prevención y en seguridad jurídica, si se trata de deberes precisados en la propia norma operativa, alejando la posibilidad de errores. Es por ello que para una mayor garantía del posible imputado es conveniente que el régimen operativo aduanero establezca a través de una norma específica de nivel legal, de decreto o simple resolución general cuales son los deberes que se encuentran a cargo del operador aduanero³⁶.

36) La actividad aduanera desde el punto de vista regular consiste básicamente en un procedimiento administrativo en el cual el administrado colabora con la administración en la generación de

un acto administrativo en que está interesado y que le posibiliten el fin querido en relación con cierta mercadería³⁷. Los casos más típicos son los de las solicitudes de importación o de exportación para consumo, cuyos registros ante la aduana dan inicio a un procedimiento en que la aduana debe cumplir con ciertas etapas de revisión a cuya terminación se obtiene el libramiento de la mercadería que se solicitó, fuere importándola a la libre circulación económica interna o extrayéndola de la misma con destino al exterior.

37) Estas importaciones y exportaciones pueden revestir diferentes modalidades como importaciones o exportaciones definitivas o suspensivas y, dentro de estas últimas, importaciones o exportaciones temporarias, tránsito de importación o de exportación, depósito de almacenamiento sin pago de tributos, removido a través de ríos o mares del país y otras, cada una de ellas tiene requisitos específicos y por lo tanto un cartabón de deberes individualizados. Este procedimiento aduanero es realizado generalmente por personas con cierta idoneidad y conocimiento de la práctica, usos y costumbres necesarios para llevar a buen fin el objetivo deseado.

38) Los importadores y exportadores suelen tener esos conocimientos pero, en virtud de la especialización del trabajo suelen servirse de profesionales especializados en estas áreas. Estos auxiliares del servicio aduanero (despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero, freight forwarders, courier, permisionarios de depósitos aduaneros o de terminales portuarias, etc.) tienen experiencia y conocimiento de los deberes que las reglas aduaneras les imponen. Son operadores especializados y por esa razón, autorizados a operar.

36. Este criterio ha sido seguido en el caso del Código Aduanero argentino en que tanto el delito de contrabando como las infracciones contravencionales suelen establecer la consecuencia sancionatoria de la conducta prescripta como debida en la parte operativa, de manera que no puede establecerse la comisión del incumplimiento ni su medida en ausencia del deber no observado. Ello ha llevado a no incluir los delitos aduaneros en el Código Penal, porque las modificaciones, de las que no está exenta ninguna ley, deben tener presente todo el ordenamiento en un solo cuerpo, de manera de permitir que el legislador pueda advertir de una manera relativamente más fácil que un cambio puede convertir en punible lo que antes no lo era, o impune lo que antes sí lo era, o más gravoso un hecho cuyo reproche no lo merezca; exigiendo que quien cambie la norma penal deba conocer la operativa cuyo mal manejo hace nacer el reproche punible.

37. Este tipo de procedimiento, por oposición al impugnatorio o contencioso, es denominado "procedimiento constitutivo" (Agustín Gordillo, *"Procedimiento y Recursos Administrativos"*, Jorge Álvarez Editores, Buenos Aires, 1963, Cap. I, § 23 y 24, ps. 22 y 23); él se encuentra primordialmente presente en materia aduanera, "... principalmente en materia de procedimiento operativo porque el sistema aduanero reposa, justamente en la búsqueda de la autorización administrativa a partir del impulso de parte en cuya secuencia la garantía de defensa se hace imprescindible para consagrar el Estado de Derecho" (Barreira, Enrique C., *"El procedimiento administrativo y su relación con el derecho aduanero"*, Capítulo XXXVI de la obra colectiva en seis tomos *"Procedimiento Administrativo"*, dirigida por H. Pozo Gowland, D. Halperín, O. Aguilar Valdez, F.J. Lima y A. Canosa, Ed. La Ley 2012, Tº I, p. 1390).

39) En materia aduanera la seguridad de la Aduana está en proporción inversa a la agilidad de la operativa. De allí es que ya hace muchos años se admite que la aduana exija requisitos de confiabilidad en los auxiliares del servicio aduanero de manera de poder confiar en las declaraciones previas que ellos hicieran y posibilitar, de esa manera, el libramiento de mercadería dando crédito a dicha declaración. Esto da lugar a las instituciones del “despacho en confianza” y la “declaración previa” cuya existencia apuntan a reforzar la idea de máxima seguridad con máximo celeridad. No cualquiera puede cumplir ese rol y para ello muchas veces la aduana exige que esas personas en quienes se va a depositar la confianza tengan conocimiento sobre los temas de su especialidad, posean cierta solvencia económica y de conducta y se encuentren debidamente registradas en prueba de ello.

40) Esta estructura de confiabilidad mediante registros que posibiliten la individualización de personas fiables data de hace mucho tiempo y en aquellos países que no tenían un conocimiento acabado de estas instituciones está siendo aceptada a través del “Operador Económico Autorizado” que, en esencia, no es sino un nuevo enfoque de ese mismo fenómeno.

XV.- La responsabilidad por hecho ajeno, usualmente denominada “responsabilidad civil”.

41) En el derecho infraccional aduanero cabe la responsabilidad por el hecho de otro, usualmente denominado como “responsabilidad civil”. Esto deriva del criterio de que en las infracciones aduaneras la pena es “sui generis” o “mixta” (en parte penal y en parte civil, como hemos visto antes), y se suscita en el art. 1384 del Código Napoleón de 1804 hoy vigente, que dispone que no sólo será responsable del daño el que lo causa por sus propios actos, sino también aquellos que fueren causados por las

personas por las que debe responder o de cosas que se encuentran bajo su guarda³⁸. Ante los abusos de los señores que al regreso a su país portaban cantidad de mercaderías que colocaban como equipaje de su servidumbre, desligando en el dependiente las sanciones que le hubieran correspondido a él por el incumplimiento de los deberes correspondientes a la importación, la Revolución Francesa estableció la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, figura que se mantiene hoy en día en casi todas las legislaciones aduaneras del mundo³⁹.

42) Este tipo de responsabilidad, denominada civil, por referirse al precepto de la ley civil francesa⁴⁰ es de aplicación a los actos de menores de edad por los cuales debe responder el padre o la madre, tutor o curador y también a los actos de los dependientes o mandatarios por los cuales debe responder el principal o mandante cuando aquellos actúan en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Como hemos visto antes, en esta transmisión de la responsabilidad tiene mucho que ver la naturaleza pecuniaria de la pena aplicable porque ella permite la sustitución de la persona en la cual el efecto privativo de la propiedad incidirá en última instancia.

43) Las políticas comerciales fijadas por empresas a cargo de negocios de magnitudes antes inimaginables, con transportes masivos de mercaderías entre fronteras y la tercerización de los servicios que antes se realizaban dentro de la misma empresa, con el consiguiente incremento de ejecutivos, asesores y dependientes; así como colaboradores comprometidos en contratos de obras o servicios sujetos a instrucciones sobre el modo en que se deben comportar en sus actividades, incluidas las relacionadas con las autoridades públicas, ha cambiado la exigencia ortodoxa de la personalidad de la pena como se conocía en el siglo XIX y principios del siglo XX. Aun los más acérrimos opositores a la responsabilidad por hecho ajeno que la asimilan a una responsabilidad objetiva, admiten que las particularidades de los regímenes penales económicos exigen

38. El texto del primer párrafo del art. 1384 del Código Civil francés expresa: “*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde*”.

39. Enrique C. Barreira y Héctor G. Vidal Albarracín, “*La responsabilidad en las infracciones Aduaneras*”, obra citada, Cap. VII - a) y c). p. 951 a 953.

40. Pallain, George, obra citada, Tª III, p. 323; Basaldúa, Ismael, “*Legislación Penal Aduanera*”, antes citada, Capítulo VI, punto 2, p. 81.

proteger bienes jurídicos más allá de lo que sostenía la doctrina clásica, cuando el fenómeno no revestía las características y peligrosidad que revisten hoy en día. Ello queda demostrado por las figuras que contienen las actuales leyes de delitos tributarios, delitos cambiarios o de represión del lavado de dinero, para no hablar del contrabando y otros delitos aduaneros, en las cuales la responsabilidad por el “dominio del hecho” pasa a responsabilizar por el acto ilícito no sólo debido al control de la “causalidad”, sino también por el control de las consecuencias de las conductas humana de quienes se encuentran sujetos a sus órdenes o instrucciones⁴¹.

El tema de la responsabilidad indirecta en materia penal es un tema complejo por la posibilidad de que abra las puertas a una vía que pudiera vulnerar derechos fundamentales a través de una indebida redacción, aplicación o interpretación de la ley que la consagra. Este tema por su importancia y complejidad merece un artículo adicional, por lo que compadeciéndonos de la paciencia del lector que nos llegó a leer hasta aquí digamos: esa es otra historia.

41. Georges Ripert y Jean Boulanger, *“Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol”*, traducido por Delia García Daireaux, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, T° V, § 1088, p. 157. Estos autores expresan que la responsabilidad por el hecho ajeno se basa, lo mismo que la responsabilidad del hecho personal, en la idea de la “culpa”, aunque ésta parezca más lejana. También se ha expresado que la culpa por los subordinados debe ser considerada como culpa propia, porque el responsable dejó haber actuado personalmente y si hace uso de la delegación de esa acción extiende al delegado los efectos jurídicos del obrar propio (Raymundo Salvat, *“Derecho Civil Argentino – Obligaciones en general”*, con actualización de Enrique V. Galli, TEA, Buenos Aires, 1952, T° I, § 138-a, p. 146.