

FUNDAMENTOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y POLÍTICOS UNIVERSALES QUE SUSTENTEN LA FILOSOFÍA DE LAS NORMAS PUNITIVAS DE CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS ADUANERAS ⁽¹⁾

POR HORACIO FÉLIX ALÁIS

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Escuelas clásicas y modernas del Derecho Penal
- III. Breve exposición de los valores éticos, sociales, políticos y económicos de las conductas antijurídicas aduaneras
- IV. La actividad aduanera
- V. Permanencia o cambios éticos, sociales, políticos, económicos y jurídicos en la actividad aduanera contemporánea.
- VI. El bien jurídico que debe proteger la infracción y el delito aduanero
- VII. Las finalidades de las sanciones aduaneras
- VIII. La magnitud de las penas y las sanciones aduaneras

I. Introducción

El mundo contemporáneo conduce en forma cada vez más acelerada a un modelo global, donde todos los factores económicos, políticos, culturales y científicos se interrelacionan entre sí y se comparten en todos los países. Las fronteras paradójicamente se tornan difusas, pero para otros aspectos humanos se cierran².

Se sostiene que existe una suerte de erosión de los Estados que ha llevado a que las fronteras se

vuelvan porosas, en el sentido que son selectivas y conduce a que se adopten medidas desreguladoras, flexibilización, facilitación de las transacciones inmobiliarias, bancarias y comerciales³.

Una característica que emerge del fenómeno de la globalidad es su carácter transnacional, ya que está protagonizado por actores que les permite funcionar a través de las fronteras de los Estados generando la permeabilidad económica, fiscal, política y cultural⁴.

La conformación de bloques económicos y los cambios tecnológicos, que dispone la sociedad en

1. Este trabajo se adaptó respecto del que fue presentado para la reunión aduanera de 2016, organizado por la Academia Internacional de Derecho Aduanero en Viña del Mar, Chile, y se publica con las debidas autorizaciones.

2. Expone sobre el particular Bauman, Zygmunt, en *La Globalización, consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, Quinta reimpresión, Buenos Aires, 2013, p. 9, que los procesos globalizadores incluyen una segregación, separación y marginación social progresiva, ya que las tendencias neo tribales y fundamentalistas que reflejan y articulan las vivencias de los beneficiarios de la globalización son hijos legítimos de ésta como la festejada hibridación de la cultura superior, es decir de la cima globalizada.

3. Bauman, Zygmunt, *La Globalización, consecuencias humanas*, ob. cit., ps. 88/93.

4. Rabossi, Eduardo, "Acerca de la globalización: la supranacionalidad y los derechos humanos, en *Observatorio Siglo XXI, reflexiones sobre arte, cultura y tecnología*, Paidós, Buenos Aires, 2002, ps. 159/161. Señala el autor, que como consecuencia de la necesidad de solucionar problemas internacionales de distinto grado de ecumenismo, deben ser encarados a nivel meta estatal. Por ello es que la supranacionalidad opera verticalmente y pone límites de manera regulada al principio de soberanía de los Estados, esto teniendo como fin una meta de un mundo deseable, utópico, por cierto, pero dentro de lo razonable.

la actualidad, lleva a que el intercambio comercial libre se constituya en un valor en sí mismo, y en un objetivo a alcanzar.

La facilitación del comercio se transforma en una herramienta eficaz para promover el intercambio y el desarrollo de los países, pero conlleva a tener que coordinar con los servicios aduaneros la función de control⁵.

La labor no es fácil, ya que, así como se han visto las ventajas que ha tenido la globalización, los males que acompañan a la humanidad en sus facetas más perjudiciales también se expanden (terrorismo, tráfico ilegal de personas, mercaderías, drogas de todo tipo, armas, corrupción, etc.) y en ese contexto pueden encontrar facilidades de expansión. Se globaliza lo bueno pero también lo malo, ya que en definitiva el mal también es parte de la condición humana⁶.

Estas transformaciones implican un crecimiento del comercio, las ciencias, las comunicaciones y los derechos humanos, pero no soslayan los aspectos negativos, como es el declive de los Estados que a veces genera falta de confianza en el derecho, y la concentración del poder en manos de unos po-

cos y la marginación y empobrecimiento de grandes regiones facilitan abusos como la corrupción, el terrorismo, el crimen organizado y la migración ilegal⁷. A veces en un marco de sistemas populistas extremos.

Sobre esta base, así como se estructuran reglamentos, recomendaciones y estándares internacionales, tendientes a facilitar el libre intercambio de mercaderías y de servicios, también se tienen que encontrar fundamentos universalmente aceptados para establecer principios que sustenten un régimen sancionatorio aduanero⁸.

Cada país tiene una visión y un esquema acerca de los delitos e infracciones aduaneras, que ha sido el resultado de su evolución histórica, económica y jurídica.

Si se parte que la función de la aduana como institución es universal, se puede estudiar e investigar en forma abstracta los fundamentos que sustentan el régimen punitivo aduanero con miras a esbozar pautas comunes⁹.

Se pretende en esta investigación establecer la identificación de los principios filosóficos de los di-

5. Cfr. Organización Mundial de Comercio, cuando fundamenta el Acuerdo de Facilitación del Comercio de Bali, que contiene disposiciones para agilizar el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito, y que establece medidas para lograr una cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros. También contiene disposiciones sobre asistencia técnica y creación de capacidad en esta esfera.

6. Viada, Natacha G., en *Derecho Penal y Globalización, cooperación penal internacional*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, ps. 24/25, dice que mientras que en los sistemas democráticos individuales la sociedad se organiza a través de sus principios fundamentales y de la noción de estado de derecho, en la actualidad la realidad muestra que la sociedad va más allá de los sistemas estatales individuales y, en consecuencia, la organización de los principios fundamentales aludidos tiende a ser insuficiente. Por ello concluye que el comercio, la ciencia, la medicina, la tecnología, las migraciones, el medio ambiente como el terrorismo y el crimen organizado entre otros, son factores de alcance mundial y por lo tanto necesitan sistemas que se extiendan más allá de las fronteras nacionales. Relata también Malem Seña, Jorge F., en *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000, ps. 175/176, que la corrupción surge con motivo del comercio transnacional, tiene una importancia y trascendencia sustantiva y que, en virtud del proceso de globalización, este fenómeno se ha de incrementar atento a las asimetrías que se observan entre diversos países, y la enorme concentración de la riqueza y el potencial económico en pocas empresas que influyen en la política doméstica, en lo social y en el desarrollo económico, ya que la posibilidad de corromper funcionarios y políticos es enorme.

7. Viada, Natacha G., *Derecho Penal y Globalización, cooperación penal internacional*, ob. cit., p. 26.

8. Destaca Viada, Natacha G., en *Derecho Penal y Globalización, cooperación penal internacional*, ob. cit., ps. 25/26, que siguiendo a Vogel, J., en "Derecho Penal y globalización", *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 9, 2005, ps. 113/126, que la globalización comprende la génesis de los mercados globales, surgimiento de mecanismo de gobierno global y la consecuente pérdida de influencia política a nivel mundial de los estados nacionales, el nacimiento de una conciencia política orientada a la protección de los intereses de la humanidad en su conjunto, la gestación de una comunidad de destino global —violencia, necesidad y sufrimiento y la comunidad de cooperación— y la formación de una ética mundial.

9. La Convención de Kioto (versión revisada) define a la aduana como el área del gobierno responsable de la administración de la legislación aduanera y la recaudación de derechos e impuestos y la aplicación de otras leyes y reglamentaciones relacionadas con la importación, exportación, el movimiento o almacenaje de mercancías. Por su parte el control de aduana es definido como las medidas aplicadas por la aduana a fin de asegurar el cumplimiento de la ley aduanera. Por su parte, cuando define el control aduanero, señala que todas las mercancías incluso los medios de transporte que entren o salgan del territorio aduanero se encuentren o no sujetos a derechos e impuestos serán sometidos al control aduanero. Este control se sustentará en la administración de la gestión de riesgo.

versos sistemas sancionatorios aduaneros y de esta manera poder enunciar si la estructura de tutela de un bien jurídico es adecuada, o debe ser concebida con una visión más amplia, con un criterio más funcional¹⁰.

Desde siempre se ha señalado que filosofar significa reflexionar sobre la totalidad de lo que se presenta, con vistas a su última razón y significado siendo, por lo tanto, una actitud humana fundamental¹¹.

Como saber filosófico, la filosofía del derecho es un conocimiento metacientífico de éste, pero no constituye una disciplina unitaria, sino un conocimiento que se descompone en una serie de disciplinas o ciencias filosóficas. Muchos autores han tratado de definir su alcance y van a tener diversos tópicos, conforme a la visión o teoría que aplican. Pero se puede sostener que busca definir qué es el derecho, qué es la ley, cuáles son sus últimas causas, qué es la justicia y cómo se divide el derecho y todas las cuestiones ontológicas¹².

Las herramientas filosóficas prácticas actuales pretenden, con la teoría del derecho y de ambas con la ética, comprender la legitimidad del derecho moderno y en esto se estima oportuno hacerlo desde el aporte de Alexy.

Esta estructura brindará las bases para permitir encontrar respuestas acabadas y modernas en lo que es el objeto del tema central: desentrañar los fundamentos que justifican las normas punitivas de conductas antijurídicas aduaneras.

Los valores han de ser encontrados en los principios del derecho aduanero que se ha conformado a lo largo de un proceso evolutivo acorde al desarrollo

de elementos culturales sustentados en el comercio, el intercambio y la producción. Pero las actividades humanas son objeto de reglas y pautas que permiten equilibrios sociales que también resultan fruto de un accionar político determinado.

En este sentido, los principios fundamentales aduaneros han de posibilitar establecer si se dispone de un sistema punitivo adecuado y en orden a qué valores y bienes jurídicos deben tutelarse para que de esta forma cumpla con la finalidad de prevención, disuasión y en cierta medida resarcimiento. Finalmente, esta respuesta ¿puede estar basada en fundamentos económicos, sociales y políticos universales?

Ante este planteo y desafío que implica el devenir del desarrollo económico y la política contemporánea, los nuevos paradigmas instaurados y las perspectivas que se vislumbran, cabe preguntar si ¿el derecho punitivo aduanero tiene que adaptarse a esa realidad? Y en caso afirmativo, ¿bajo qué pautas, principios y fundamentos filosóficos? Y suponiendo que estos sean identificados o se establecen los más adecuados, ¿cuáles serían los bienes jurídicos a tutelar o se puede sostener la existencia de un derecho penal sin bienes jurídicos o extensivos? ¿se pueden tutelar funciones?

II. Escuelas clásicas y modernas del Derecho Penal

Identificar las escuelas que sostienen filosóficamente al derecho penal es una labor que lleva a hacer un relevamiento histórico y que ya fue compilado por varios autores.

10. Sobre el particular se viene debatiendo en la Unión Europea si es factible el establecimiento de un derecho penal común, sobre qué límites o delitos, si la propia Unión tiene potestad sancionatoria y que debería estructurarse sobre el principio de la asimilación, la cooperación y la armonización normativa, pero esto debería llevar a establecer un procedimiento común (Jescheck, Hans H., "La tutela penale di beni giuridici dell'Unione Europea", en *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, ps. 119/125). También Grasso, Giovanni, "El futuro de la armonización del derecho penal en la ampliación de la Unión Europea", en *Dogmática y Ley Penal, Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2004, ps. 285/297. Aquí se establecen las pautas mínimas de consenso sobre los delitos a analizar y como armonizarlos atento a las diferentes interpretaciones y concepciones que de los delitos económicos tienen los diferentes miembros de la Unión. Vidal Albarracín, Héctor Guillermo, destaca en "El bien jurídico tutelado como medio eficaz de armonización internacional de los ilícitos aduaneros", *Revista del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros N° 17*, Años 2005/2006, Buenos Aires, p. 31/36, que en orden a establecer al delito de contrabando como un delito internacional tiene dificultades a superar como la dualidad existente entre lo sancionador y el contenido tributario y político que le impregna un objetivo fiscalista y por ello requiere precisiones acerca del tipo y del bien jurídico.

11. Pieper, Josef, *Defensa de la filosofía*, Editorial Herder, Barcelona, 1989, ps. 12 y 25.

12. Hervada, Javier, *Lecciones de filosofía del Derecho*, t. I, 2ª Edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1990, ps.37, 55, y 58.

El derecho puede estudiarse desde la perspectiva político social (instrumento y límite del poder) y en relación a la ética (teoría moral de la justicia y conductas éticamente justas). Aquí se debe centrar en la perspectiva del jurista, ya que la realidad jurídica es una praxis que reclama un saber práctico, y le va a aportar a la ciencia del derecho una función fundadora, una función crítica y valorativa¹³.

Todas estas reflexiones se estructuran sobre la interpretación de actos que están en la esfera de los asuntos humanos, que está formada por la trama de las relaciones que existen dondequiera que los hombres vivan juntos¹⁴. Ese conjunto de actos humanos, que libre o condicionadamente se realizan, van a tener respuestas desde lo jurídico, lo moral y también lo religioso, por lo que afrontar este tema se presenta como arduo y por ende deberá ser limitado en la premisa que induce el título de este capítulo.

En una sociedad democrática existen una serie de valores compartidos que, en definitiva, las sociedades mantienen y buscan su protección por lo que el derecho penal ensaya un intento de dar respuesta a ciertas conductas humanas consideradas disvaliosas. Pero resulta muy dificultoso establecer un estándar en orden a preguntar por qué algunas personas no se adaptan a los sistemas de convivencia, excluyendo por cierto las situaciones de condicionamiento biológico o mental que afecta la capacidad, o aquellos hechos propios de un actuar imprudente.

La teoría pura del derecho, expresión más acabada del positivismo jurídico, sostiene que el derecho resulta una expresión de orden coactivo, ya que establece esquema de sanciones cuando éste no es respetado, de modo que la ciencia jurídica puede

elaborar reglas de derecho, verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Por ello con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas del derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos¹⁵.

Por tal motivo determina que el derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción, y esto implica el uso de la fuerza, caracterizado entre otros elementos al derecho como una organización de la fuerza, ya que éste considera en qué momento y bajo qué condiciones se usa, y qué individuos pueden usarla¹⁶.

Si bien esta cualidad es evidente presupone la existencia de la institucionalización del sistema, ya que si éste no establece órganos centralizados que son los únicos autorizados para aplicar medidas coercitivas, no hay monopolio de la fuerza estatal. El sistema jurídico no sólo regula el empleo de la fuerza, sino que lo regula como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos¹⁷.

Michel Foucault destacaba la existencia de un triángulo consistente en poder, derecho y verdad. En este contexto no hay ejercicio del poder sin cierta economía de los discursos de verdad que funcionan a partir de ese poder. Dice que el poder nos somete a la producción de la verdad y sólo podemos ejercerlo por la producción de la verdad. Somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a cumplir tareas, destinados a cierta manera de vivir o a cierta manera de morir, en función de discursos

13. Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, ob. cit., ps. 59, 63, 65/66. Por ello concluye que el saber filosófico del derecho enriquece el oficio del jurista, le da profundidad, ya que la filosofía del derecho no es una construcción racional, desvinculada de la experiencia, sino filosofía de la experiencia jurídica.

14. Arendt, Hannah, *La condición humana*, 11ª Impresión, Paidós, Buenos Aires, 2015, p. 207.

15. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 3ª Edición, Eudeba, Buenos Aires, 1963, ps. 70/73. Concluye que las normas jurídicas solo aplican a las conductas humanas, ya que únicamente un hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta.

16. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, obra ya citada. ps. 73/74.

17. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, ps. 106/108. Por ello, siguiendo el esquema normativo de Hart, dice que en los derechos desarrollados hay tres tipos de órganos: los encargados de crear y derogar las normas generales del sistema; los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y disponer, si es el caso, le ejecución de medidas coactivas que tales normas prescriben —jueces en un sentido amplio—; y los órganos encargados de ejecutar físicamente tales medidas coactivas —órganos policiales y de seguridad—.

verdaderos que llevan consigo efectos específicos de poder¹⁸.

Concluye que el sistema del derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos, estimando que no hay que ver al derecho por el lado de una legitimidad a establecer, sino por el de los mecanismos que pone en acción. Las sociedades modernas a partir del siglo XIX hasta el presente tienen una legislación, un discurso y una organización del derecho público articulados en torno del principio de soberanía del cuerpo social y la delegación que cada uno hace de su soberanía al Estado y al mismo tiempo, una apretada cuadrícula de coerciones disciplinarias que asegura de hecho la cohesión del mismo cuerpo social.

La vinculación entre el poder y el derecho constituye un tema que acompaña a la historia de la humanidad, ya que la más importante misión del derecho es la de dominar o superar la lucha de todos contra todos y reemplazarla en consecuencia por un orden que asegure la vida de todos. Para esta misión el derecho tiene que ser poder. Es decir, el derecho debe poseer una fuerza capaz de configurar la realidad, atento a la dinámica de la naturaleza humana y la historicidad del orden social¹⁹. El vínculo de fuerzas es interno, porque el derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza. Esto no implica que el funcionamiento del derecho requiera el uso de la fuerza, sino que base la amenaza para recurrir a ella²⁰.

Esta visión ha sido analizada en trabajos de Bobbio, que sintetizan que el fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el poder, pero descansa en una concepción democrática, ya que se legitima con el apoyo de las mayorías, advir-

tiendo, sin embargo, que poder sin derecho es una actividad ciega y el mejor sistema político en definitiva reposa en aquel que permita el mayor grado de desarrollo y justicia de la sociedad²¹.

La relación es compleja, ya que por un lado no se conecta únicamente con la fuerza física, sino también con el poder ideológico y económico, esto es lo que lleva a que exista la necesidad de la institucionalización del poder que implica la existencia de normas e instituciones jurídicas que han de actuar en las situaciones de conflicto. Pero finalmente el poder se presta para expresar el ideal del derecho: el sistema será más justo cuando más contribuye a poner límites al poder como dominación y a aumentar espacios regidos por el poder del diálogo y la persuasión racional²².

La nota que hace a la eficacia de la norma requiere de la presencia del uso de la fuerza, ya que en caso de que no exista esta característica lleva a que el derecho quede librado a la buena voluntad de sus destinatarios, lo que termina afectando la seguridad jurídica²³.

Dworkin describe que hay diversos tipos de derechos que se sustentan en el objetivo que persiguen, los individuales y los colectivos. Pero los objetivos pueden contener una finalidad política no individualizada. En esta línea los objetivos colectivos estimulan intercambios de beneficios y cargas en el seno de una comunidad con el fin de producir algún beneficio global²⁴.

Pero ¿se puede actualmente más allá de las concepciones del derecho y que ha de incidir en el derecho penal la posibilidad de hablar de la relación entre el derecho y la moral?

18. Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, ps. 33/47.

19. Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2013, ps. 41/45.

20. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, 2ª Edición, Barcelona, 2004, ps. 121/123. Sin embargo, afirma que en el plano internacional no existen normas eficaces para regular las relaciones internacionales con lo que un sistema de normas incapaz en este sentido se aproxima a un sistema de moral social o algo semejante.

21. Bobbio, Norberto, *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México, 1985, ps. 21/23; también Peces-Barba, Gregorio, en *Introducción de la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 48, destaca los distintos tipos de normas vinculados con el uso de la coacción: a) las que establecen las condiciones en las cuales la coacción puede ser ejercida; b) normas que designan las personas u órganos que la puede ejercer; c) normas que regulan el procedimiento por el cual se utiliza la coacción; y d) normas que regulan el contenido o cantidad de la fuerza que puede ser utilizada.

22. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ob. cit., ps. 141/143.

23. Vigo, Rodolfo L., "Exigencias de la seguridad jurídica", en *El ethos y el estado de derecho en occidente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, ps. 60/61.

24. *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Buenos Aires, 1993, ps. 158/162.

La postura positiva clásica señala que cuando en el derecho se expresa que la consecuencia debe seguir a la condición, no se adjudica a la palabra debe ninguna significación moral, ya que la norma del derecho, que puede estar acorde a un principio moral, vale porque así fue establecido por las autoridades competentes²⁵.

Partiendo del concepto que el derecho penal constituye uno de los medios de control social existente en las sociedades actuales, y como todo medio de control social éste tiende a evitar determinados comportamientos que se reputan indeseables, se le permite que acuda para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se efectivicen. Pero el derecho penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones, ya que tenemos el supuesto de la administración pública que por medio del derecho administrativo sancionador aplica un sistema similar²⁶.

Se sostiene que la misión del derecho penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas, ya que con el tiempo nadie es absolutamente independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados por su propia naturaleza de sus condiciones esenciales al intercambio, a la colaboración y a la confianza recíproca, por lo que se justifica que el derecho penal tenga un significado de ser un ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales, pero sin que constituya su naturaleza primaria, ya que existen otros ordenadores sociales que conforman un sistema global que se componen con instituciones como la familia,

la escuela, gremios, etc.²⁷. El derecho penal se lo concibe como *ultima ratio* de la política estatal destinada a prevenir los comportamientos delictivos, respetando los límites de justicia —el Estado debe renunciar a imponer penas injustas—, y que la pena debe ser eficaz²⁸.

La evolución de la sociedad ha significado desde la perspectiva de la pena, el desarrollo del derecho penal. Por ello se ha sostenido que el derecho penal no interpreta las leyes penales por curiosidad, sino para ofrecer a las agencias jurídicas un sistema coherente de decisiones que sirva para acotar y reducir el poder punitivo. El derecho penal se ocupa en consecuencia de la interpretación de las leyes penales que a su vez habilitan poder punitivo, es decir habilitan penas²⁹.

En la función del derecho penal y la teoría de la pena, en el contexto del pensamiento clásico, se advierte la existencia de dos líneas que procuran dar respuesta, por un lado, la que sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en una realización de un ideal de justicia y, por el otro, que tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales —bienes jurídicos—³⁰.

Zaffaroni, enseña que existen teorías positivas, es decir que creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quién sufre la pena, entendiendo que los que adoptan esta postura hacen un acto de fe de alguna función manifiesta y en ella fundan la legalidad de la pena y de ella deducen una teoría del derecho penal. Se dice que la pena tiene una función de prevención general, ya que se dirige a quienes no

25. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., ps. 55/57. Concluye que los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar en forma teórica son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho o una norma jurídica. El hecho sería entonces declarar lícito, o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional.

26. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte general*, 6ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, ps. 47/48. En similar posición, D'Ors, Álvaro, en *Derecho y Sentido Común*, Cuadernos Civitas, 2ª Edición, Madrid, 1999, p. 106, dice que el establecimiento de leyes penales por los delitos es un complemento del deber, que tiene la potestad de mantener un orden dentro del grupo que rige. Es así del derecho natural el fijar penas por la infracción de algunas leyes que parecen necesarias para el buen orden de un grupo social.

27. Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 5ª Edición, Granada, 2002, ps. 2/4. Menciona que el poder punitivo del Estado está dirigido a la protección de la convivencia de las personas en la comunidad y no puede ser ejercido de cualquier modo o sin consideración a su alcance, de modo que se debe preservar la protección de la paz pública, y debe afianzar la justicia distributiva no degradándola en cuanto a los efectos del derecho penal y cumplir con una función social frente al infractor.

28. Righi, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 3.

29. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 32/33. Por ello afirma que el horizonte de proyección del derecho penal siempre es problemático, porque no existe un concepto más o menos generalizado y pacífico de pena.

30. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general*, 2ª Edición, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1999, ps. 29/30. Sobre el particular recuerda lo que se conoció como la lucha de escuelas, en la cual la Escuela Clásica sostuvo los criterios de legitimidad del derecho penal en la justicia, mientras que la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad de la pena.

han delinquido para que no lo hagan, o bien se dirige a los que han delinquido para que no lo reitere como prevención especial³¹.

Sin embargo, descreo de esta teoría al considerarla que es falsa y detalla que la construcción del discurso jurídico—penal contienen tres elementos: a) los legitimantes, b) los pautadores y c) los negativos. Respecto de los primeros, parte de la base de asignar al poder punitivo un efecto social positivo, de modo que se busca que la pena previene intimidando para que no se delinca y en definitiva la pena previene resocializando al delincuente. Con respecto a los segundos, se derivan de los primeros y son los que justifican cuándo hay delito y en qué medida debe aplicarse la pena —la teoría de la cuantificación de la pena—. Con relación a los negativos, señala que busca legitimar por omisión todo el poder punitivo no manifiesto³².

En síntesis, sobre las teorías positivas de las penas consideran que son una defensa de la sociedad como las sostenidas por Kant y Hegel³³. De modo que las teorías más difundidas desde 1830 se llaman relativas, o sea, las que asignan a las penas funciones prácticas y verificables, en orden a que considera que actúan sobre los que no han delinquido (prevención general), que a su vez se subdividen en negativas (disuasorias que provocan miedo) y positivas (reforzadoras que generan confianza), y las que actúan sobre los que no han delinquido llamadas teorías de la prevención especial que a su vez se subdividen en negativas (neutralizantes) y positivas (ideologías).

De la teoría de prevención general negativa reconoce que es la más difundida en la opinión común, pero no tiene respaldo mayoritario en doctrina. Parte de la idea que el ser humano es un ente racional y que siempre realiza un cálculo de costo

y beneficio. Pero critica que esto no funciona desde la realidad social, solo esto funcionaría para ciertos grupos vulnerables o torpes y por otro lado no disuade los llamados delitos graves como los actos terroristas, y solo podría tener un efecto disuasivo en los denominados estados de terror en los que el monopolio del poder se encuentra concentrados en los operadores destinados a aplicarlo. Pero reconoce que, en los casos de los delitos de menor gravedad o faltas administrativas, la criminalización primaria puede tener efectos disuasivos.

En la práctica, Zaffaroni afirma que las agencias políticas eleven los mínimos y máximos de las escalas penales y los poderes judiciales atemorizados ante las políticas y de comunicación, impongan penas irracionales a algunas pocas personas poco hábiles que terminan cargando con todo el humor social. Desde la perspectiva política esta teoría permite legitimar la imposición de penas graves.

Al considerar que esta teoría no es sostenible, destaca que en las últimas décadas ha avanzado la teoría de la prevención general positiva, que no busca el efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no mediante la disuasión, sino como reforzador de su confianza en el sistema social general y en el sistema penal en particular.

Concluye que una consecuencia de la prevención general positiva se advierte en los denominados crímenes de cuello blanco, que éstos no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos. De modo que su criminalización no tendría sentido. Pero en la práctica se trataría de una ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta y que, conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social (el poder)³⁴.

31. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., ps. 33/34. Pone de relieve que los que sostengan la prevención general estarán apuntando a la gravedad del hecho cometido, y los que lo hagan sobre la prevención especial estarán pensando en el riesgo de la reincidencia.

32. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., ps. 35/37. Concluye sobre la falsedad de esta teoría que la pena no es un bien para nadie ni un bien para la sociedad, ya que es un hecho de los tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna.

33. Sostiene Zaffaroni, en *Manual de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., ps. 37/39, que, si el Estado es garante externo del imperativo categórico que se materializa mediante una ley talional, esta será necesaria para el estado social, porque de lo contrario se vuelve al estado de naturaleza pre contractual (Kant); si la pena no niega al delito no podrá reafirmar el derecho, con lo cual el estado desaparece y se vuelve al estado de naturaleza (Hegel).

34. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., ps. 42/43. Abunda que esta teoría es sostenida con base en

En orden a la prevención especial positiva, dice que se posiciona desde la perspectiva del infractor ya que en la ciencia social actual se demuestra que la criminalización secundaria criminaliza al criminal y mucho más al que purga en la prisión. En este esquema el estado de derecho se reemplaza por un estado de policía paternalista. Por ello la prevención especial negativa es donde la pena actúa sobre la persona criminalizada con el objeto de neutralizarla como bien social.

Sobre este punto, Mir Puig establece que los partidarios de esta teoría pueden ser reunidos en dos grupos que llevan a direcciones distintas, por un lado, quienes la defienden como fundamentadora, y en su caso ampliatoria de la intervención del derecho penal; y los que con esa concepción pretenden poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial. La primera tiene sustento en la conformación de los valores morales de la colectividad, conforme a la concepción ético social del derecho penal que sostiene Welzel, y del que luego se derivan las posturas de Hassemer y Kaufmann, ya que sostiene que hay un deber de información de lo que está prohibido, otro de mantenimiento de la confianza en el orden jurídico y finalmente en una actitud de fidelidad al derecho. Por su parte, Jakobs da una variante de esta posición al afirmar que no se trata de proteger determinados valores de acción y bienes jurídicos, sino que la meta del derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas³⁵.

Es decir que, bajo esa perspectiva el derecho penal cumple, junto a otros ordenamientos normativos, una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, entendiéndose a éste como una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por los órganos legislativos³⁶.

Otra teoría parte de lo que se denomina el derecho penal de autor, que tiene fundamento tam-

bién en las teorías que legitiman la pena. Aquí se imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, siempre inferior al del resto de las personas consideradas normales. Este estado de inferioridad puede sostenerse desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para los primeros tiene naturaleza moral y por ende se trata de una versión secularizada de un estado de pecado jurídico, en tanto que para los otros se trata de un estado peligroso.

Por último, Zaffaroni manifiesta que ninguna de las teorías positivas de las penas fue verificada en la realidad social, en todo caso hay aportes parciales de las ciencias sociales. Recuerda que el derecho penal tutela bienes jurídicos de todos los habitantes en la medida en que neutraliza la amenaza de los elementos de estado de policía encerrados en el estado de derecho. El poder punitivo no tutela los bienes jurídicos de las víctimas del delito, pues por esencia no se ocupa de eso, por el contrario, confisca el derecho de la víctima. De manera que el viejo liberalismo penal contiene un germen de autoritarismo, y existe un conflicto que se presenta, por un lado, en que el derecho penal liberal trata de reducir el poder punitivo, mientras que el autoritario ampliarlo, el liberal pretende ampliar el poder de las agencias jurídicas para acrecentar la capacidad de decisión reductora, el autoritario intenta ampliar el poder de las agencias no jurídicas, el liberal refuerza los componentes limitadores del estado de derecho, el autoritario busca reforzar el estado de policía, el liberal tutela bienes jurídicos mientras que el autoritario reconoce un único bien jurídico que es el poder de gobernante³⁷.

¿Qué dice Claus Roxin?³⁸ sobre las actuales escuelas de la filosofía del Derecho Penal?

Comienza su análisis a partir del fin de la pena, destacando que desde la antigüedad se disputan diversas interpretaciones fundamentales: la teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación), la teoría de la prevención especial, la teoría de la

la sociología o concepción sistémica de la sociedad, pero fue precedida en el marco de una etización del discurso penal de Welzel.

35. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, Julio César Faira Editor, Montevideo 2006, ps. 55/59.

36. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general, 2ª Edición*, ob. cit., ps. 41/42. Por ello señala que Jakobs resume que lo ilícito es un mal y el deber de soportar el costo de este mal que incumbe al autor es también un mal, y como no se puede aplicar mal por mal la pena debe ser definida a partir de la validez de la norma.

37. Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., ps. 60/62.

38. Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Civitas, Madrid, 2001, ps. 81/110.

prevención general, las teorías unificadoras retributivas, y la teoría unificadora preventiva.

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Acota que esta teoría es conocida desde siempre y permanece viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad: la pena tiene que ser justa y acorde con la gravedad del delito.

Menciona que la perdurabilidad de esta teoría en el tiempo se debe a que halla su fundamentación en la filosofía del idealismo alemán, a partir de la obra de Kant en *La metafísica de las costumbres* (1798), cuando señala que las ideas de retribución y justicia son leyes inviolablemente válidas y han de prevalecer contras todas las interpretaciones utilitaristas. Por su parte Hegel, en sus *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* (1821), llega a resultados parecidos al interpretar al delito como negación del derecho y la pena como la negación de esa negación, lo que implica que de esta manera se anula al delito y se reestablece el derecho.

Resalta que las iglesias alemanas de ambas confesiones —católica y luterana— han apoyado hasta la postguerra en forma mayoritaria esta corriente al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios. Esta teoría ha tenido largo desarrollo jurisprudencial y se ha cristalizado en la construcción de que la culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena.

Sin embargo, el mérito radica en su capacidad de impresión psicológica social, como por el hecho que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Roxin menciona que esta teoría hoy no puede ser sostenida científicamente, ya que para combatir un mal (el delito) no se justifica con otro mal (el sufrimiento de la pena).

Como posición opuesta se encuentra la teoría de la prevención especial, que otorga a la pena la

misión de hacer desistir al autor de futuros delitos, enfocándose al autor individual.

Esta teoría se desarrolló en el período de la ilustración y tuvo como su portavoz a Franz v. Liszt, que destacaba que la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no los cometa en el futuro; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección³⁹.

Desde un punto de vista preventivo el principio de la resocialización de esta teoría ha tenido sus méritos, ya que cumple con el cometido del derecho penal en cuanto se obliga a la protección del individuo y de la sociedad, pero por otra parte busca ayudar al autor.

Pero se presentan problemas al no dar un baremo para las penas, a diferencia de la anterior teoría, y por el otro afectaría la libertad de las personas en orden a que no es misión del Estado corregir a sus ciudadanos, además de estar prohibida toda educación forzosa.

Otro inconveniente que tiene es que no se sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización, como pueden ser los hechos producidos por imprudencia, los delitos pequeños o aun los graves que por razones únicas y excepcionales no existe peligro de reincidencia.

La tercera teoría tradicional, conocida como de la prevención general, no ve en el fin de la pena en la retribución, ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia en la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.

Indica que en su forma más acabada fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach, a quién se considera como el fundador de la moderna ciencia del derecho penal alemán. Partiendo de la teoría psicológica de la coacción, ilustra que todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad del deseo del hombre es incitada por el

39. Esto es lo que posteriormente va a desarrollar mediante el Programa de Marburgo (1882).

placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber, con toda seguridad, que su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión.

Esta doctrina busca prevenir el delito mediante normas penales que se sustentan en la amenaza penal. Como aspecto positivo se advierte que la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. Como aspecto negativo se menciona que a algunas, conforme al cálculo que realizan, no les afectan el aspecto intimidatorio y por otro lado han justificado penas sin medida para delitos graves que no generan el efecto esperado.

Reseña seguidamente las denominadas teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes eran dominantes y que hoy prevalecen en la jurisprudencia, que consiste en una combinación de las teorías ya citadas al considerar que sus fines se persiguen en forma simultánea, o sea que hay algo de retribución y de intimidación en la pena y los fines de corrección y seguridad pasan a un segundo plano.

En esta misma línea, Mir Puig expresa que la fórmula que le parece preferible es la de prevención especial dentro del marco que permita la prevención general, ya que ha de constituir un instrumento a emplear en orden a garantizar la seguridad ciudadana de modo que la pena sea eficaz en orden a la prevención general. Pero muchas veces esta no es tan eficaz como otros medios para combatir la delincuencia, lo que no implica que deben preferirse tales medios más eficaces, y solo serán preferibles los medios no menos eficaces que la pena, si resultan más favorables para el afectado⁴⁰.

O sea que el cometido general del derecho penal es el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad, y la sanción penal adecuada se ha de centrar en la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución del injusto cometido.

Como derivación de lo anterior aparece la denominada teoría unificadora preventiva, que parte en sostener que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo de la libertad individual y del orden social, ya que solo en esta función son justificadas y además la pena concreta solo puede perseguir un fin preventivo del delito.

En igual sentido Jescheck, sostiene que el derecho penal cumple por un lado la misión de proteger a la sociedad mediante el castigo de transgresiones del derecho que ya han tenido lugar; posee por ello, una naturaleza represiva. Pero por el otro cumple asimismo la función de prevenir infracciones cuya comisión se teme en el futuro. Ambas funciones no resultan opuestas, sino que deben ser entendidas en forma unitaria: el derecho penal a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del derecho⁴¹.

Roxin resume que esta teoría penal que justifica la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud a la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar bajo este límite en tanto lo hagan necesario exigencias de prevención especial y ello no se oponga a las exigencias preventivas.

Por último, ante la cuestión del daño cometido, señala que se está abriendo una corriente que se la llama la tercera vía del derecho penal. Si bien se usa poco parece interesante aproximarse a los intereses de las víctimas, ya que una pena de multa o privativa de la libertad frustran la reparación del daño ocasionado. Parece esta alternativa ante los casos de mediana o pequeña criminalidad. El fin de esta línea argumental no se finca en criterios civiles, sino que se los analiza desde la finalidad de la pena, el efecto resocializador y a la reconciliación una vez realizada la reparación.

En estas escuelas se aprecia que giran en derredor de obtener una respuesta adecuada a la problemática de la pena y la seguridad ciudadana. Pero ha existido una evolución histórica en que las penas se encuentran bajo el signo de una paulatina atenuación de su rigor, paralela al aumento del confort

40. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., ps. 47/50.

41. Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, ob. cit., p. 4.

material y de la sensibilidad de la humanidad ante el sufrimiento. Por ello la concepción más tradicional de la pena ve en ella la retribución exigida por la justicia por la comisión de un delito. Ya se ha señalado los problemas y defectos que acarrea esta visión, pero también su aspecto más interesante que la retribución impone que no se castigue más allá de la gravedad del hecho cometido⁴².

Bajo ese razonamiento, actualmente se admite que la prevención general se dirija a la colectividad toda, intentando que no surjan delincuentes, mientras que la prevención especial incide en el que ha delinquir con la intención que no vuelva a hacerlo. Esto conduce a que se justifique la teoría de la coacción, que se sustenta en que la validez del derecho dependerá de la coacción a él vinculada, es decir de la llamada sanción de la norma jurídica. El deber jurídico es coacción social psicológica mediante amenaza. Pero a esto se contraponen la teoría del reconocimiento mediante la cual la base para el cumplimiento de la norma y en consecuencia de su validez no puede depender de la coacción, sino del reconocimiento cualquiera que este sea⁴³.

El liberalismo clásico se inclinó por la prevención general de la mano de la fe en la eficacia de la ley y de la amenaza psicológica que supone la prevención legal de la pena a los ojos de la sociedad⁴⁴. Sin embargo, no debe dejar de mencionarse que la pena se halla siempre sometida a una serie de límites normativos, como es el principio de legalidad que marca un sentido de seguridad al ciudadano acerca de cuándo puede o no ser sometido a una pena, el principio de culpabilidad por el hecho, y el principio de proporcionalidad⁴⁵.

Roxin sintetiza su posición entendiendo que el derecho penal debe garantizar una libre y segura

convivencia de la sociedad —algo que nadie puede negar seriamente— entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general) o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados) de una manera que, según los parámetros del estado social de derecho, sea útil o al menos aceptable por igual para la sociedad, la eventual víctima y el autor⁴⁶.

Pero también indica que conforme a la política criminal que se adopte, existen elementos limitadores de la pena, ya que ésta no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino con los medios propios del estado de derecho. Por lo tanto, el principio *nullum crimen sine lege* constituye el punto de vista rector de la interpretación y sistematización en los delitos de acción, omisión o infracción de deber; la teoría de la imputación objetiva constituye un medio apropiado por política criminal para delimitar el tipo, sobre todo en los delitos puros de resultado; en las causas de justificación se trata de elaborar principios ordenadores sociales con cuya ayuda puedan solucionarse de la manera más ventajosa posible para los individuos participantes; en el nivel delictivo de la responsabilidad el principio de culpabilidad constituye el instrumento político criminal más importante de la limitación penal, además de intervenir como fundamento de la pena; por último, influyen los derechos fundamentales en la necesidad de una pena y en el marco de lo preventivamente tolerable, excluir la punibilidad⁴⁷.

42. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., ps. 37/41.

43. Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, ob. cit., ps. 50/51.

44. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 46, sostiene que el paso al estado social permitió un cambio de perspectiva al advertir que en la realidad social no todos los hombres son iguales y que el estado está llamado a compensar en cierto modo las desigualdades sociales, que abre las puertas a la intervención por parte del estado de los factores criminógenos que inciden en cada clase de delincuente. En este tema, D'Ors, Álvaro, en *Derecho y Sentido Común*, ob. cit., ps. 109/110, dice que la ley penal sirve para evitar que la sociedad reaccione desordenadamente contra los delitos, fijando un procedimiento que permita al inculpaado poder defenderse de la acusación, de modo que se evita la venganza privada y procura la defensa del reo. No pretende defender bienes jurídicos particulares, sino el castigar conductas que atentan contra el bien común de un razonable orden social.

45. Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 51.

46. Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, ps. 42/43.

47. Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, obra ya citada, ps. 50/53.

El desarrollo descriptivo de las corrientes que orientan al derecho penal y la finalidad y objetivo de la pena, demuestran la existencia de un conflicto irresoluto al menos en los casos de criminalidad baja o mediana, y el tema de qué hacer con el delincuente. La realidad es que la reincidencia aumenta y el denominado efecto disuasorio demuestra deficiencias y, por el contrario, el incremento de las penas a veces conlleva cierto grado de autoritarismo y de desproporción entre el hecho reprochable y la pena prevista.

En la posmodernidad, se observan las dificultades que encuentra el derecho penal para justificar con cierto grado de objetividad la determinación de las conductas ilícitas. Esto terminó derivando en que la supuesta neutralidad ética del ámbito jurídico amenazó con transformar al derecho en general y al derecho penal en un mero instrumento de dominación, carente de una racionalidad material y desprovisto de fines humano con algún elemento de objetividad, de modo que el derecho penal visto de esta forma se presenta como una máquina de injerencias, sometimientos y estigmatización⁴⁸.

De hecho, se afirma que se ha verificado un avance del poder estatal sobre ámbitos que en principio estaban fuera de su alcance y en el derecho penal se ve ingresando a campos que tradicionalmente eran neutros a las cuestiones del ilícito y de la pena. Por ello se advierte que en una visión clásica, el derecho penal se ordenaba a tutelar bienes jurídicos directamente relacionados con el individuo, su libertar, sus derechos, pero con el avance estatal, el objetivo pasa a ser el aseguramiento de programas públicos, metas administrativas y planes de desarrollo, con lo cual la construcción de los delitos dependerá de cuestiones vinculadas a la oportunidad

o eficiencia, con lo cual la defensa de bienes difusos o macro sociales plantea un desafío extremo al derecho penal tradicional, ya que los instrumentos básicos de la teoría del delito no parecen aptos para obtener respuestas⁴⁹.

Consecuentemente el derecho penal deja de lado bienes jurídicos en el sentido tradicional del término y asegura funciones o modos de organización, lo que lleva a Jakobs a sostener que la protección de estos no alcanza a explicar todos los elementos del delito e incluso no es necesaria para todos estos, ya que la equiparación de fin de la norma y protección de bienes jurídicos o de delito y lesión de bienes jurídicos fracasa, sobre todo en los delitos con infracción de un deber especial derivado de competencia institucional⁵⁰, lo que le permite concluir que el criterio del bien jurídico es reemplazado por el de la validez fáctica de las normas.

Sobre esta base, Yacobucci plantea la dialéctica existente entre aspectos del derecho penal liberal y las exigencias normativas del derecho penal actual, por lo que se verifican debates entre la Escuela de Bonn y la de Fráncfort, entre la tradición de los bienes jurídicos referidos a personas —Hessemer— y protección a la lealtad normativa —Jakobs—, lo que le lleva a concluir que las nociones tradicionales acerca del delito, el bien jurídico, las formas de tipicidad, el dolo y la imprudencia, la culpabilidad, los fines penales, etc., entran en crisis y parecen inadecuados para dar respuesta a la realidad del derecho penal de hoy porque ingresa en campos de intereses difusos, utiliza formas de tipicidad sobre la base de peligros abstractos y realiza la imputación penal sobre criterios de organización funcional, lo que demuestra un grave problema de legitimación de la actividad penal⁵¹.

48. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, ps. 34/35. Por ello sostiene que el credo posmoderno puso en crisis la posibilidad misma de un derecho penal, ya que al no existir criterios objetivos, racionales y generales, la actividad penal aparece envuelta en una trama discursiva sin consistencia real.

49. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., ps. 37/38. Aquí siguiendo a Sgubbi, Filippo, en *El delito como riesgo social*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, indica que la tutela penal ha sido dispuesta no a favor de un bien jurídico pertenecientes a protagonistas, tanto individuales como colectivos, de la sociedad civil, sino más bien a favor de un bien que ha entrado en la titularidad absoluta y exclusiva del estado y nacen despojados de un sustento social y cultural y se presentan como necesidades de una organización y cumplimiento de reglamentos determinado por un sector de actividad económica y socialmente relevante, de una rama de la actividad social.

50. Jakobs, Günther, *Tratado de derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 52.

51. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., ps. 38/39.

A pesar de estas visiones, establece que el derecho penal es un saber práctico, con una verdad propia que supone la realización de determinados bienes o fines, respecto de los cuales no se ha alcanzado aún la aceptación de una fundamentación objetiva y universal. Por lo tanto, el derecho penal no había sufrido una crisis semejante, porque de alguna manera había logrado ocultar su verdadero estatuto epistemológico, adoptando criterios de cientificidad que expulsaron lo relativo a los valores del centro de su conocimiento. En la actualidad ese ocultamiento se hace imposible ya que por todas partes se manifiestan las instancias teleológicas, valorativas, las referencias prudenciales y concretas, por ello que si se reconoce al derecho penal como un saber práctico es afirmar que guarda relación trascendental con determinados bienes y fines, y en este sentido son los principios los que permiten aprehender la realidad del derecho penal y justificarlo, legitimarlo⁵².

Otra cuestión que merece citarse es si existe relación entre el derecho penal y la moral, que en definitiva dará justificación a la posición que se adopte, y sin perjuicio que los elementos morales medios de una sociedad influyen en tornar valiosas o no determinadas conductas.

Se sostiene mayoritariamente que no le compete al derecho penal la función de sancionar conductas inmorales. Desde lo axiológico, esto se fundamenta en tres principios que afectan tres diversas esferas: el delito, el proceso y la pena. En la primera el derecho penal no tiene por misión configurar una determinada moral, sino prevenir y sancionar acciones u omisiones que pongan en peligro bienes jurídicos. En la segunda, es imposible que un proceso penal tenga por finalidad determinar la moralidad del individuo, ya que el objetivo del proceso es determinar la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Finalmente, en la tercera, al ejecutar una pena no busca el Estado un mejoramiento de la

moral de los ciudadanos, ya que la resocialización implicaría una intromisión a las esferas de libertad del ser humano⁵³.

Ahora bien, el derecho como la moral constituyen sistemas normativos que regulan el comportamiento humano. Pero la moral es una realidad compleja que comprende, junto a normas de carácter individual —que puede tener una significación religiosa o profana—, normas de carácter social, que poseen rasgos o notas que las aproximan, en diferente medida, a los sistemas normativos constituidos por el derecho y los usos o reglas de trato social. En la regulación del comportamiento humano, la moral busca la perfección individual del sujeto, mientras que el derecho tiene por finalidad la perfección del orden social cifrado en la consecución del bien común. Por otra parte, la moral obliga a hacer lo bueno, es decir la práctica de las virtudes, y prohíbe hacer lo malo —abstención de los vicios— es decir evitar el mal. En el derecho para salvaguardar el orden y la paz social solo basta hacer lo justo y evitar lo injusto⁵⁴. Esto no significa que los actos considerados como ilícitos no tengan rechazo o repugnancia a la moral.

Existen estudios que vinculan la moral, la ética y el derecho penal. Se resalta la elaboración teórica realizada por Jakobs con el desarrollo del concepto de la fidelidad al derecho en el cual el derecho penal trasciende el ámbito externo del comportamiento humano y se introduce en la esfera interna del ciudadano. Se observa que la sociedad se halla estatuida en atención a determinados roles. Lo que significa que cada ciudadano asume un papel, una función, la misma que genera una expectativa de comportamiento; esta aparece vinculada a la norma, que resulta ser el modelo de conducta deseado. Por ello todo comportamiento ajeno a dicha función, en cabeza del infractor de la norma, tendrá como consecuencia la defraudación de dichas expectativas y su efecto será la pena como réplica⁵⁵.

52. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., ps. 54/55.

53. Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Derecho penal, ética y fidelidad al derecho: una aproximación entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico", en *Dogmática y Ley Penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 2004, ps. 766/772.

54. Montoro Ballesteros, Alberto, "Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral", en *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, 1995, ps. 196/197.

55. Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Derecho penal, ética y fidelidad al derecho: una aproximación entre derecho y moral en el funcionalismo sistémico", ob. cit., ps. 774/777.

Resta ahora tratar de sistematizar principios y corrientes filosóficas que dan sustento al derecho penal, pero desde un punto de vista más abstracto, tomando cierta distancia de la problemática y elementos que provienen de la teoría del delito y la ciencia criminal.

El desarrollo del pensamiento democrático ha permitido en los últimos doscientos años establecer un estándar sobre cómo satisfacer en términos justos la cooperación entre ciudadanos considerados libres e iguales, y es por ello que la justicia como imparcialidad intenta arbitrar entre estas dos cuestiones a través de la cual las instituciones básicas deben hacer efectivos los valores de la libertad y de la igualdad. Con este punto de partida, Rawls⁵⁶ declara que hay dos principios de justicia: a) cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios, y b) las desigualdades sociales y económicas solo se justifican por la igualdad de oportunidad para cubrir cargos y deberán beneficiar a aquellos integrantes de la sociedad menos privilegiados.

Si bien lo analiza considerando que la idea de justicia constituye la primera virtud de las instituciones sociales, subyace una idea política, que en esencia el objetivo de la justicia es la imparcialidad, que empieza desde el interior de cierta tradición política y adopta como idea fundamental de la sociedad, estructurando un sistema justo de cooperación a través del tiempo y del cambio de una generación a otra.

Esto significa que las personas pueden ser participantes plenos en un sistema justo de cooperación social, y por ello se le atribuye los dos poderes morales relacionados con los elementos en la idea de la cooperación social, a saber: la capacidad de tener un sentido de la justicia y la capacidad de adoptar una concepción del bien⁵⁷.

La realización de las actividades de los hombres libres y democráticos se debe efectuar teniendo una

idea de una sociedad bien ordenada, es decir una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que todo el mundo acepta los mismos principios de justicia; que su estructura básica –sus principales instituciones políticas y sociales y como se estructura el sistema de cooperación– se sabe públicamente; y que sus ciudadanos tienen normalmente un sentido efectivo de la justicia y por ello cumplen generalmente las reglas de sus instituciones básicas a las que consideran justas.

En definitiva, se parte de la base que cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad puede atropellar, por ello se explica que jamás la justicia significa una pérdida de libertad para algún sector. Las instituciones han de ser justas cuando no hacen distinciones arbitrarias entre personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social⁵⁸.

Estos vínculos pueden contemplarse desde varios planos, ya que muchas normas jurídicas coinciden en su contenido con normas morales, como acontece con las constitucionales, las penales, etc. El propio derecho positivo no deja de incidir en la moral social. Por ello se señala que sobre este punto se dividen las aguas, conforme se sostengan las posturas clásicas del positivismo jurídico que debe prescindirse de este aspecto moral, o por el contrario se debe recurrir a criterios morales que hallan siempre su lugar en los principios, como asegura Dworkin, ya que los ciudadanos que viven bajo un sistema jurídico no parten que derecho y moral sean mundos completamente separados, por el contrario consideran que el derecho de un Estado democrático es legítimo y por lo tanto se deben obedecer sus normas en el entendimiento que ese derecho asegura –aún en forma imperfecta– valores morales: libertad, igualdad, justicia, ya que en definitiva la norma se la cumple en el convencimiento que es justa y cuando lo que percibe es lo contrario genera

56. Rawls, John, *Filosofía Política*, Crítica, Barcelona, 2004, ps. 31/65.

57. En *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, México, 1997, ps. 410/411, ilustra este punto que esta concepción del bien se encuentra vinculada a la visión que tenga la persona con el mundo (religiosa, filosófica y moral) la cual ha de servir de referencia para entender el valor y el significado de los fines a que apunta, pero estas no son fijas, sino que se forman y desarrollan y pueden cambiar en el transcurso de la vida.

58. Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., ps. 17/19.

los movimientos sociales para acabar con esta situación⁵⁹.

En este sistema se sigue una línea de pensamiento según la cual el discurso moral surge de la adopción de un determinado punto de vista y que consiste en que los principios morales válidos serían aquellos que uno estaría dispuesto a aceptar si se adopta ese punto de vista⁶⁰.

Pero Dworkin evoluciona en lo que se llama la postura post positivista y deja de lado las relaciones entre el derecho y el poder para interesarse en los aspectos morales del derecho desde la perspectiva del participante, resumiéndose su posición en la de los principios, los derechos, y la concepción del derecho como interpretación⁶¹.

Hay posiciones que exceden el objeto de este trabajo, y que siguiendo la descripción que realiza Atienza⁶², se destaca la concepción moral de Kant como el prototipo de la teoría deontológica basado en la idea de que existen ciertos deberes de carácter absoluto e incondicionados, que se caracteriza por su aspecto formal ya que no describe ningún contenido ético, pero encarna uno de los modelos fundamentales del mundo moderno a pesar de su rigorismo.

Están también las visiones utilitaristas que en cierta forma constituyen la contraposición del kantismo a través de la cual se debe hacer aquello que tenga las mejores consecuencias con independencia del concepto deontológico. La forma más conocida es la de Bentham, que del análisis del actuar humano concluye que éste está orientado en la felicidad por lo que se deduce que el valor moral de una acción dependerá de una acción que produzca placer o dolor.

Existen también concepciones historicistas de la justicia que consiste en que un acto, una norma o

una institución no podrían calificarse como justos o injustos considerados en abstracto, sino que habría que tener en cuenta el momento en que se produjeron.

La posición discursiva desarrollada por Habermas, si bien tiene puntos de contactos con la de Rawls, ya que ambos sostienen que los principios y las reglas morales justificantes son las que resultan de un determinado procedimiento en el que se respetan ciertos criterios. La visión conocida como el neo iusnaturalismo encabezada por la labor de Finnis⁶³, sostiene que los principios del derecho han de ser los valores básicos o formas básicas del bien o bienes humanos básicos a los que reconoce el carácter incuestionable y autoevidentes, y cuya nomenclatura corresponde a la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia, la estética, la sociabilidad o la amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Estos bienes han de verse en el contexto de una comunidad, de allí la necesidad de que exista un sistema jurídico que cree las condiciones para que puedan obtenerse como expresión del bien común.

Se enuncia en la actualidad que la vinculación entre el derecho y la moral generan efectos a largo alcance, e influye en la definición del concepto de sistema jurídico y en la teoría de la argumentación, constituyendo un vínculo central que permite entender el derecho, y de cómo la ciencia y la práctica jurídicas se ven a sí mismas. Se concluye que existe una relación conceptual necesaria, ya que en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen una pretensión de corrección que es moral, que resulta fuerte cuando se está ante la injusticia, y débil cuando se está frente a la corrección⁶⁴.

Las relaciones conceptuales y necesarias entre el derecho y moral ha de depender de la comprensión que se tenga del concepto moral que ha tenido

59. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ob. cit., ps. 87/91. Debe tenerse en consideración que el derecho al menos no deja de constituir en una regla de conducta dictada por la razón y el jurista tanto en su construcción como interpretación tiene que hacerla de manera racional, que en los casos de normas evidentes resulta más sencillo que aquellas que no lo son donde se ha de precisar la prueba del raciocino como es la lógica deontica (Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, ps.162/162).

60. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ob. cit., ps. 199/200.

61. Los principios son normas o reglas directrices. El derecho distingue sobre lo anterior, la norma se dirige al legislador y los principios se destinan al juez. Finalmente, el derecho reclama una actividad interpretativa para lo cual los valores y principios cooperan en esta labor.

62. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ob. cit., ps. 190/205.

63. Finnis, John, *Ley Natural y Derechos naturales*, Ediciones Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 117/121.

64. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2001, ps. 37/56.

varias interpretaciones, como exigencia de justicia, como moral positivada y la influencia de la religión, como crítica, como interioridad del sujeto y como fundamento de la normatividad del derecho⁶⁵.

Como señala Atienza, existe una visión positiva del sentido del derecho. La lucha a favor del respeto del derecho y la extensión de derechos supone el reconocimiento de éste como algo valioso, que conlleva a vivir bajo un estado de derecho propio de los Estados democráticos que perfilan estándares de injusticia del mundo contemporáneo. Pero se advierte como rasgo central el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, elementos que separan a las sociedades y a los individuos, lo que genera situaciones de ilicitud, de comportamientos delictivos y que, en consecuencia, son muestras de una injusticia jurídica, lo que a veces conduce a que la división entre lo ilícito y lo lícito, desde un punto de vista jurídico, no coincide con la ilicitud o litud moral⁶⁶.

Ahora hay un reconocimiento, de carácter valorativo del fenómeno punitivo, que vuelve a sostener la relación existente entre el derecho penal y la filosofía, y que resulta la legitimación. Roxin afirma que el moderno derecho penal tiene que estar sustentado teleológicamente. Yacobucci, siguiendo a Jescheck, afirma que la filosofía del derecho, incluida la penal, se esfuerza por sentar los criterios que permitan al dogmático enjuiciar si las proposiciones del derecho vigentes son compatibles con los presupuestos naturales del orden social y las ideas valorativas rectoras de la ética social, cómo deben interpretarse, y en todo caso modificarse. Por ello libera a la dogmática jurídica penal del positivismo y le permite hallar la necesaria síntesis en la que

concurden el derecho positivo, como siempre inevitablemente imperfecto y la idea del derecho perfecto⁶⁷.

Es importante contar con una visión antropológica para poder analizar la relación entre el individuo y la comunidad, ya que ha de brindar elementos axiológicos para fundar soluciones. Por ello se sostiene en forma terminante que un análisis acerca de los fines que ha de cumplir el derecho penal, en cuanto a su legitimidad tiene que proyectarse no solo sobre normas, sino también en determinados principios supra-positivos de aplicación de ellos, los que dan el sentido a las normas y ellos mismos representan la expresión de determinados fines legitimadores del derecho penal⁶⁸.

Se aprecia el sentido que tienen los principios y en particular los penales, toda vez que implican un cierto contenido material, objetivo y natural, ya que muestran las razones o motivos del surgimiento del derecho penal en la vida social. Pero como los principios se vinculan con bienes y valores no operan como una mera instancia causal, sino valorativa, lo que vale la evaluación del *ius puniendi*. Por ello los principios penales al revestirse de caracteres que brinda la filosofía del derecho influyen en normas y directrices del derecho penal, otorgándole legalidad formal, culpabilidad y su derivación que es la proporcionalidad. Pero va a ser en la instancia jurisdiccional donde los principios se muestran con su mayor determinación en el análisis del caso concreto⁶⁹.

Corresponde abordar seguidamente los lineamientos por donde transcurre el saber filosófico del derecho en la modernidad, donde existen pluralidad de concepciones y el denominado fin de los grandes relatos. En ese objetivo, se puede declarar que

65. Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho*, de Robert Alexy, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2015, ps. 221/237.

66. Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ob. cit., ps. 311/312.

67. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., ps. 131/132. Por ello señala que Zaffaroni muestra que el derecho penal como ciencia es una filosofía especial que indaga el qué de una región de antes y que el ser, especialmente el hombre, no puede estar ausente, por lo que el derecho penal compromete, a su entender, la naturaleza del hombre, la existencia o no de su libertad, la idea de la culpa moral, de castigo, la posibilidad de redención, de pena de muerte y así sucesivamente.

68. Silva Sánchez, Jesús M., *Política criminal y persona*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, ps.117 y 140.

69. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales, su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., ps. 155/157. Se concluye que los principios sirven como guía hermenéutica en la aplicación de las leyes, el control de constitucionalidad y la resolución de los conflictos sobre todos aquellos en que entran en oposición valores o intereses de relevancia social, por ello los principios penales, determinan el espacio de legitimidad donde se desenvuelven las diversas instancias penales que en la actualidad se encuentran en sumidas en crisis.

el derecho puede incluirse entre uno de los criterios de legitimidad del mundo moderno, en tanto puede contribuir a institucionalizar la razón práctica en las sociedades contemporáneas, y por ello se sostiene que la teoría no positivista más desarrollada ha sido la concebida por Alexy, cuyas aportaciones a la teoría de la argumentación práctica y jurídica, la teoría de los derechos humanos fundamentales y a la comprensión del concepto, naturaleza y validez del derecho se ha consolidado en los ámbitos académicos⁷⁰.

Enseña que no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre los derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico ya que conforme a la teoría de los principios en la filosofía del derecho sin ellos se dificulta la dogmática de los derechos de libertad, igualdad, los derechos de protección, los derechos de organización, de procedimiento y prestaciones en sentido estricto⁷¹.

Aclara que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios y constituyen normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio. La colisión de derechos fundamentales requiere que se analicen conforme a la ponderación, aplicando el principio de proporcionalidad⁷².

El principio, según Alexy, constituye un mandato de optimización y los bienes colectivos también podrán ser principios, a diferencia de la postura liberal de Dworkin para quien solo los principios serán los derechos individuales concebidos como triunfos políticos oponibles frente a la mayoría. Pero Alexy difiere de Dworkin en cuanto a que éste concibe a la igualdad como virtud suprema de la comunidad

política, ya que considera que la libertad y la igualdad son principios de mismo rango subordinados a la idea regulativa de la corrección. Pero tanto reglas como los principios son normas porque pueden plantearse como expresiones de mandato, es decir lo que se debe hacer y lo no se puede hacer —prohibiciones—, pero en materia de conflicto la resolución del normativo será resuelta mediante la dimensión de la validez, y los conflictos normativos entre principios será resuelta mediante la dimensión del peso⁷³.

En orden a la institucionalización política de los derechos fundamentales respecto de los derechos a acciones positivas del Estado, conocidos como los derechos prestacionales en sentido amplio y estricto, ha sido objeto de polémicas, ya que influyen en las funciones del Estado, el derecho y la constitución. Estos se presentan como un accionar positivo del Estado, comprendiendo los que van desde la protección del ciudadano frente a otros mediante la institucionalización de las normas penales, pasando por normas de organización y procedimiento, y hasta la prestación en dinero y bienes⁷⁴. Por ello, los derechos de protección comprenden aquellos derechos constitucionales que se le otorgan a los ciudadanos para que el Estado los proteja de las intervenciones de los terceros, y que también organice y administre un orden jurídico específico para que tutele esos derechos. En esta función de protección se fundamenta el derecho penal.

Con ese intercambio es dable hacer algunas consideraciones en la aplicación de estos derechos que, conforme a lo sostenido por Alexy, se compone de tres elementos como es el principio de idoneidad, el principio de necesidad y finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁵.

Alexy concluye que el derecho es un sistema de normas que eleva una pretensión de corrección, el cual consiste en la totalidad de las normas que per-

70. Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, ob. cit., ps. 18/19.

71. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 63.

72. De Domingo, Tomás, "Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad", *Persona y Derecho* N° 56 (julio 2007), ps. 245-280, fuente académica EBSCO host (accessed July 22, 2016), ps.253, 259/260. Señala también que la labor de los poderes públicos debe facilitar el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales tanto para su titular como para la colectividad, ya que debe orientarse a la consecución del bien común.

73. Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, ob. cit., ps. 129/130.

74. Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, ob. cit., ps. 162/164.

75. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 91/92.

tenecen a una constitución generalmente eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas, y al que pertenecen los principios y otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o que tienen que apoyarse, a fin de satisfacer la pretensión de corrección⁷⁶.

Se puede resumir que en la dinámica de las distintas posiciones que adoptan las escuelas filosóficas que sustentan el derecho penal, resultan adecuadas las conclusiones de Claus Roxin cuando encuentra que el derecho penal y la política criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio, sino combatirla con medios de un estado de derecho, de modo que también forman parte de ella los componentes limitadores de la intervención y estos tienen que ser concebidos dogmáticamente fructíferos de igual manera que sus objetivos preventivos, tal como ya se ha visto⁷⁷.

No puede haber dudas que la prevención general, con algunas restricciones, constituye una importante finalidad de la pena, ya que al Estado le debe interesar no solo impedir que se produzcan condenados por nuevos delitos, sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos, que se comenten los delitos⁷⁸.

Se manifiesta la misión de garantía que tienen por objeto las normas penales, es la tutela de los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social y los derechos fundamentales que se presentan como los límites de los legisladores para la creación de normas penales⁷⁹.

En esta teoría se exterioriza un efecto pacificador, ya que el quebrantamiento criminal del derecho es resuelto mediante la intervención estatal, restableciendo la paz jurídica. Esto lleva a interesantes consecuencias de política criminal, ya que mientras que la idea de la intimidación tiende a penas desproporcionadamente duras que van más allá de las medidas de la culpabilidad, y en su exageración genera dudas constitucionales, la idea de la prevención general positiva alcanza penas moderadas. El efecto de aprendizaje, desde el inicio no está vinculado a determinada medida de pena, y el efecto pacificador y de confianza presuponen una pena justa y puede permitir la inclusión mediante la reparación civil y la compensación del autor a la víctima. También no se ha advertido que la mayor carga preventiva radica en el control social efectuado por la policía que tiene por misión la investigación procesal contra autores desconocidos. Por ello el medio más efectivo de la prevención general no lo constituye el código penal o la justicia, sino la densidad del control de la población. Esto con los actuales medios implica un riesgo que la sociedad asume en orden a que se sacrifica una cuota de libertad y privacidad en aras de una mejor protección⁸⁰.

III. Breve exposición de los valores éticos, sociales, políticos y económicos de las conductas antijurídicas aduaneras

Se trata ahora la posibilidad de identificar los valores éticos, sociales y económicos de las conductas antisociales antijurídicas aduaneras, que han de vincularse el accionar de los operadores del comercio exterior. La actividad se ve influenciada por valores sociales y económicos, que influyen en un sistema normativo que se destina a las aduanas hacer cumplir y supervisar.

76. Alexy, Robert, *El concepto de la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 123.

77. Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, ob. cit., ps. 50/51.

78. Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, ob. cit., ps. 79/80.

79. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general, 2ª Edición*, ob. cit., ps. 46/45.

80. Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, ob. cit., ps. 80/83. Conforme a lo que denomina conminaciones penales la necesidad de mostrar o disponer programas amplios orientados de manera interdisciplinaria, atento a las carencias de socialización que se observan en el ámbito familiar, escolar, y que apoyaría esta labor una adecuada pedagogía ética. En este tema se puede aportar lo que Bauman, Zygmunt, *La globalización, consecuencias humanas*, ob. cit., p. 159, destaca que la inseguridad se concentra en el miedo por la seguridad de la persona; éste a su vez apunta a la figura ambivalente, imprevisible del extraño, el desconocido, lo que repercute en la gran cantidad de medidas y procesos de alarmas y artefactos. Las personas criadas en esta cultura –la alarma- tienden a ser entusiastas partidarios de las condenas prolongadas penitenciarias, lo que introduce a lo que llama la lógica del caos de la existencia.

Una característica que tiene la sociedad contemporánea es la existencia de un culto al deber que se observa en lo social y en lo político, que se impone con igual vigor en las diversas esferas de la vida cotidiana y de la acción social y que, consecuentemente, influyen en diversos aspectos normativos que dan soporte a este tipo de fundamento, advirtiendo su influencia en sociedades democráticas individualistas, indisociablemente disciplinario e idealista, materialista y prudente, liberal y autoritario, filantrópico e inquisitorial⁸¹.

Pero el mundo global se estructura, en forma paradójica, con la desaparición del localismo y el conocimiento personal de los humanos, generando una suerte de globalización del trato y las relaciones, lo que lleva a que los males y la inseguridad se concentre en privilegiar la seguridad personal y las políticas nacionales en una forma de reduccionismo del concepto de soberanía.

Este posicionamiento tiene como objeto encarcelar más personas durante más tiempo, pero también significa la creación de leyes que multiplican la cantidad del número de violaciones punibles mediante prisión y a que los jueces agraven las penas, ya que esto redundaría en grados importantes de popularidad en favor de los gobernantes por parte de los gobernados.

Por lo tanto, la versatilidad, severidad y presteza que redundaría en la espectacularidad de las operaciones punitivas son más importantes que la eficacia, ya que en todo caso no se ha podido demostrar que encarcelar más gente sea el medio más eficaz. La existencia actual se extiende a lo largo de la jerarquía de lo global y de lo local: la libertad global de movimiento indica ascenso, avance y éxito sociales; la inmovilidad emite el hedor repugnante de la derrota, del fracaso en la vida, el quedar atrás. La globalidad y la localidad adquieren en forma creciente el carácter de valores opuestos —y para colmo supremos—, los más codiciados o rechazados, colocados en el centro mismo de los sueños, las pesadillas y las luchas de la vida. Por ello la cárcel

no solo significa la inmovilización, sino además la expulsión, siendo el método preferido para extraer el peligro de raíz⁸².

Ello conduce a que el legislador actúe en forma selectiva, dando prioridad a la construcción de delitos que en general son cometidos por los excluidos del orden, los humillados, pero respecto de los delitos que se comenten desde la cima de la pirámide social son sumamente difíciles de detectar en virtud de los entramados sociales y empresariales que tornan difusa la distinción entre lo lícito y lo ilícito, actividad que se fomenta atento lo incorpóreo, ya que se expresan en un mundo etéreo a través de refinada ingeniería legal. Por ello los delitos empresariales no llegan a la justicia y a la luz pública, salvo en algunos casos extremos. Los defraudadores, evasores, contrabandistas en muchos casos, tienen la posibilidad de arreglos extrajudiciales infinitamente mayores que los que cometen los delincuentes comunes por sus comunes delitos y por ello los agentes del orden con poco se dan por satisfecho. Además, esta elite global goza de una ventaja enorme frente a los guardianes del orden: los órdenes son locales, mientras que la elite y la ley del mercado libre son trans-locales. Si los encargados de un orden local se vuelven demasiado entrometidos y molestos, siempre se puede apelar a las leyes globales para cambiar los conceptos del orden y las reglas del juego locales. Y desde luego, si el ambiente en la localidad se agita demasiado, siempre existe la opción de partir; la globalidad de la elite es la movilidad⁸³.

Es en este contexto globalizado y postmoderno donde se desarrolla el derecho penal, aportando al sistema jurídico soluciones y tendencias que estarán influidas y repercutirán en la política criminal que se adopte y en el sentido que se tenga de la pena. En definitiva, saber realmente qué hacer en los casos en que se comete un ilícito, qué hacer con el autor y, finalmente, qué respuesta dar a la víctima.

En cuanto a los valores éticos en cierta medida esta cuestión es más compleja, ya que es propio de la ética, al tener como objetivo el accionar del

81. Lipovetsky, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 2ª Edición, Editorial Anagrama, Barcelona, 2008, ps. 35/36.

82. Bauman, Zygmunt, *La globalización, consecuencias humanas*, ob. cit., ps. 154/159.

83. Bauman, Zygmunt, *La globalización, consecuencias humanas*, ob. cit., ps. 160/162.

hombre, que se incline hacia las virtudes y en consecuencia que actúe haciendo el bien y evitando el mal. En este marco siempre subyace en la ética el tema moral del que ya se ha hablado en el capítulo anterior. El aspecto ético influye no sólo en los operadores vinculados al comercio exterior, sino también en los funcionarios aduaneros, por ello es que también corresponderá analizar la existencia de una ética en el marco de la administración pública del que es parte integrante el servicio aduanero. Históricamente desde esta perspectiva la ética ha estado vinculada al debe ser, conforme la voluntad del monarca, posteriormente el Estado, y la misión de ser un buen ciudadano.

Los procesos de globalización, como se ha visto en el campo de la economía, reclaman cada vez más respeto a los derechos, valores y principios universales que sostienen las diversas sociedades del que dependerán la credibilidad y legitimidad de la actividad, por lo tanto su correcto desarrollo. Por este motivo lo económico reclama un sentido moral y no circunscribirla solamente a una cuestión de razón práctica. Siempre ha existido en este campo la interpretación que la economía y sus regulaciones deben estar dirigidas al buen manejo de la *poli*, en la concepción aristotélica, y la que se orienta a la libertad de acción del individuo como condición de eficiencia de los recursos disponibles, pero esta última es la que tiene más preponderancia en la actualidad⁸⁴.

Ahora bien, las conductas antijurídicas han sido fruto de la evolución de una actividad y de un sistema jurídico específico y que, tomando la característica esencial del derecho penal —del que pertenecen estas conductas—, aquí la coercitividad tiene por finalidad buscar el adecuado cumplimiento, ya que de esta manera se facilita el debido control aduanero y en consecuencia el accionar eficiente de este.

La mayor severidad de las normas y la creación de estas conductas han estado influenciadas por diversos factores que no necesariamente replican en

todos los países. Cuando las aduanas tenían por función la recaudación de los tributos, ya que estos constituían su principal objetivo, se observaba por la importancia del recurso, una severidad en el tratamiento punitivo en las figuras de las defraudaciones fiscales. Todas las legislaciones aduaneras de cada país han tenido una evolución en este caso y de alguna forma se potenció con el desarrollo posterior del denominado derecho penal económico.

Se ha dicho que es válida la expansión del derecho penal sobre la actividad económica, y que para que tenga su legitimidad ésta deberá estar establecida para que sea merecedora de una sanción penal. El derecho penal económico se ocupa de aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante —abuso de confianza socialmente depositada en el tráfico económico— y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica y el orden que la rige. Esta rama del derecho penal comenzó su desarrollo a fines del siglo XIX y se expandió hasta comienzos de la Segunda Guerra Mundial, respondiendo a un modelo de tipificación de conductas que se desenvolvían en el ámbito de la afectación de bienes jurídicos inmediatamente relacionados con los derechos individuales, y con el surgimiento de las sociedades modernas debió modificarse conforme al avance del derecho penal en este campo⁸⁵.

Vidal Albarracín menciona que, como señala Aftalión, la guerra, la inflación, el cerramiento de los mercados, la escasez de artículos esenciales, etc., por una parte, y por otra las regulaciones dictadas para encarar estos fenómenos, contribuyeron a generar condiciones económicas absolutamente anormales, y crearon, al mismo tiempo, una serie de posibilidades de grandes ganancias para los que se colocaron al margen de lo permitido, de modo que para lucrar contra el egoísmo humano y para frenar la especulación apareció como necesario la sanción penal, advirtiendo que así como en el campo eco-

84. Calvo, Patrici, "Economía con sentido moral. Un sistema de monitorización y gestión de la ética para empresas y organizaciones", *Tópicos revista de filosofía* N° 50, enero 2016, ps. 211-248, Fuente Académica EBSCO host (accessed July 22, 2016), ps. 212/215.

85. Vidal Albarracín, H. Guillermo, *Delitos Aduaneros*, Mario A. Vieira Editor, Corrientes, 2004, ps. 25, 27/29. Aquí, siguiendo a Tiedemann K., en su obra *Poder Económico y Delito*, señala que cuando el delito económico sea capaz, por sus efectos, de turbar o poner en peligro la vida económica y el orden que esta corresponde, además de perjudicar intereses individuales en atención a la entidad de este se llega a la alteración del orden público económico

nómico los interesados están habituados a hacer cálculos de las contingencias del comercio, también calculan fríamente las sanciones en que pueden incurrir. Esto es lo que llevó a justificar la creación del derecho penal económico de carácter particular, severo, intimidatorio y ejecutivo⁸⁶.

La intervención del Estado a través del ejercicio de su poder punitivo en el ámbito de las relaciones económicas estuvo presente con matices desde la antigüedad, cuando se observa en el derecho romano que preveía sanciones para los que especulaban con los precios de los cereales o evadían los impuestos, tendencia que se mantuvo en la Edad Media para los que infringían las normas sobre la calidad o precios de los productos en los mercados, y también en la Edad Moderna respecto de la existencia de legislación vinculadas con los monopolios. Finalmente, en el siglo XX se consolida la intervención del Estado en la economía como consecuencia de la crisis financiera de los años 1929/1930 y las dos grandes guerras mundiales, lo que llevó a la confección de una legislación penal especial de excepción, que luego se ampliara con grado de generalidad a todo el sector económico y con vocación de permanencia, ya que el Estado se ve obligado a intervenir, ya no como un espectador, sino como un protagonista. Pero esta intervención que hoy no se discute no está libre de consideraciones y críticas en orden a los fines o intereses que persigue, lo que conduce a que el derecho penal económico se tenga que adaptar a estas cuestiones, por ejemplo, en la consolidación de una economía de mercado necesariamente presupone la revalorización de la disciplina fiscal y la defensa de la competencia⁸⁷.

El derecho se encuentra influenciado por el desarrollo económico, ya que en virtud de éste puede

generar conflictos en la realidad social y por ello las categorías económicas incorporan al discurso jurídico elementos que deben ser valorados e interpretados acorde a los principios constitucionales, permitiendo realizar el análisis de los efectos de las leyes. Esto incide en el análisis económico del delito, al considerar la conducta del delincuente como racional en el sentido económico, ya que busca maximizar costes y beneficios⁸⁸.

En la evolución penal la irrupción del estado de bienestar, como un actor más en el desarrollo económico, comienza a interesar la construcción de figuras penales que tutelan esta actividad⁸⁹.

Esto llevó al derecho penal económico se lo considere como aquella rama del derecho penal cuya función es la protección del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado. Pero se señaló que esta posición no sólo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía, sino que reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, y lo aísla de aquellos casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la economía. Adicionalmente, tiene como consecuencia la construcción de una concepción de derecho penal económico como un derecho penal de emergencia, utilizado para reforzar políticas estatales sin perjuicio de sus variadas vertientes, y desemboca en un concepto de derecho penal económico extremadamente restringido. Por lo dicho se ha desarrollado una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores: el evidente predominio de la economía de mercado y la decadencia del dirigismo estatal, entre otros. Esta corriente lleva a una expan-

86. Vidal Albarracín, Héctor G., *Delitos Aduaneros*, ob. cit., p. 25. La referencia que se hace de Aftalión, Enrique, corresponde a *Tratado de Derecho Penal especial*, La Ley, Buenos Aires, 1969, t. I, p.89.

87. Borinsky, Mariano, *Fraude Fiscal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, ps. 56/57. Aquí reseña que en Estados Unidos de Norteamérica en el siglo XIX desde el punto de vista económico se rigió por lo que se llamaba un estado de anarquía más policía, lo que permitió a la población gozar de una gran libertad personal para obtener sus ambiciones económicas. Pero ese sistema generó a lo largo de los años una gran desigualdad y pobreza lo que llevó a que el estado comenzara a partir de 1890 a generar control federal de la economía evento que se perfecciona en 1930 como consecuencia de la crisis económica mundial.

88. Torres López, Juan, *Análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, ps. 13/27.

89. Yacobucci, Guillermo J., "Algunos criterios de imputación penal en la empresa", en *La responsabilidad penal de los órganos de empresa*, García Cavero, Percy, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 366. Aquí se destaca que Klaus Tiedemann refiere al derecho penal económico como aquel que se aplican los ilícitos que surgen en la actividad de intervención y regulación estatal dentro de la vida económica y tiene por finalidad la protección de bienes supraindividuales, en cierta medida compartida por Miguel Bajo Fernández cuando sostiene que esta rama es parte de la regulación jurídica de la actividad de mercado.

sión de los contenidos del derecho penal económico, tanto en la legislación extra código como en el ámbito del derecho codificado, y ello desatendiendo toda prudencia, coherencia sistemática y mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal⁹⁰.

Las penalidades de las leyes fiscales y las aduaneras se fundamentan en la coacción que tienen los ciudadanos para cumplir con el deber natural de contribuir con los gastos que importa la defensa del bien común, basado en el deber de solidaridad social. Esto implica que se justifique la imposición de sanciones por su incumplimiento. Pero por sus particularidades, las leyes fiscales y aduaneras injustas o irritas no obligan en conciencia ya que la falta de reconocimiento popular le quita legitimidad y la despoja de poder.

Por ello las normas que regulan la tributación y las restricciones al comercio exterior tienen que imbuirse de razonabilidad, proporción y justicia, ya que las ausencias de estas motivaciones llevan al incumplimiento, sin sentimiento de culpa por parte del infractor.

Corresponde hacer alguna consideración histórica de cómo ha sido la evolución de la aduana como institución y sobre qué base ésta actuaba, lo que le permitía establecer sanciones y determinación de los denominados injustos aduaneros.

El estudio comparativo permite observar que todas las regulaciones aduaneras cuentan con sistemas de conductas antijurídicas consistentes en delitos, infracciones y sanciones disciplinarias. Pero los diversos tipos jurídicos no son todos completamente iguales, y han de variar conforme a la descripción y bien jurídico específicamente tutelado.

Se puede afirmar que las figuras antijurídicas aduaneras han estado ligadas a las funciones que en determinado momento se ha asignado a la aduana. De manera que una forma de concebir actualmente si estas son adecuadas deberán ser analizadas a partir de la función de la aduana en el presente.

En el caso de Hispanoamérica, influyó en estos países el hecho de ser herederos del sistema económico colonial, consistente entre otros datos reveladores disponer de monopolios y restricciones de todo tipo. Tal circunstancia tuvo efectos culturales y legislativos, y se evidenció en la falta de acatamiento de los controles aduaneros en diversas épocas. A esto se debe sumar el hecho de contar con vastas y porosas fronteras, comportamientos colectivos que suelen ser aprovechados por personas sin escrúpulos que redundan en una compleja amalgama de justificaciones morales sustentadas en la supervivencia de sectores de la población para escapar a la precariedad. Junto con este problema, como otra cara de la moneda, se presenta la corrupción sistemática y funcional que se suele justificar en que si todos roban por qué ellos no van a actuar de igual manera⁹¹.

Luego de una larga evolución histórica en la que han influido aspectos técnicos, desarrollo de la economía, valores y principios del libre y facilitación del comercio y directrices de la OMA, se puede concluir que las actuales funciones esenciales de la aduana son: a) el control del tráfico internacional de mercancías, realizado en forma permanente, que comprende la vigilancia de las fronteras, la individualización, clasificación, la valoración y la determinación del origen de las mercancías; b) vela en esta función por el bien común; c) la recaudación de tributos aduaneros constituye una función de natu-

90. Cervini, Raúl, "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada", en *Revista de Derecho*, publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay 3, 11-58, Fuente académica EBSCO host (accessed July 16, 2016), ps. 13/14. Enseña que es posible trabajar a partir de un concepto integrado y democrático del derecho penal económico, y compatibilizar un concepto de base amplia, pero estructuralmente referenciado y consecuentemente acotado, con la protección de un bien jurídico de contornos precisos, una legislación con vocación antropológica destinada a la protección del individuo o de un colectivo delimitado, y el componente de inexorable legitimidad democrática que impone la participación de todos en el proceso de gestación e implementación del control social punitivo en el Estado democrático social de derecho. En mérito a ello se puede indicar que el delito económico es una modalidad de desviación estructural tipificada penalmente, es decir que se inscribe en el fragmento de situaciones jurídicas alcanzadas por la norma de conducta contenida en el tipo penal objetivo, mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger a las personas concretas y su entorno humano. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía, que afecta un interés patrimonial individual y/o pone en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado.

91. *Contrabando y defraudación aduanera en Centroamérica*, Red Centroamericana de Centros de Pensamiento e Incidencia -la Red-, Konrad Adenauer Stiftung, Guatemala, 2015, ISBN 978-9929-566-11-8, ps. 8/9.

raleza aduanera, pero la aplicación de éstos y de las prohibiciones, si bien constituyen funciones tradicionales e importantes, deben ser consideradas contingentes a diferencia del control que es esencial; d) aplica los derechos antidumping, compensatorios y salvaguardias, como también las exenciones al pago de tributos, y los regímenes de estímulo a las exportaciones, *drawback*, reintegros y reembolsos; e) la seguridad y la facilitación del comercio internacional, así como la preservación de la cadena logística, colaborando en el plano operativo y desarrollando sus funciones de manera coordinada con todos los operadores⁹².

La aparición de los fenómenos actuales, vinculados con el terrorismo internacional, el crimen organizado y la narco-criminalidad, ha llevado a requerir a los servicios aduaneros una ampliación de sus funciones tradicionales, lo que confunde muchas veces si esto se hace extensivo a las figuras antijurídicas específicamente previstas para las operaciones habituales o tradicionales.

El mundo globalizado genera un intercambio exponencial de mercancías y esto lleva a que las aduanas tengan que tener un especial control, en orden a supervisar el cumplimiento de aquellas regulaciones económicas tendientes a preservar los derechos de propiedad intelectual o industrial debidamente protegidos por la legislación internacional, o las medidas establecidas conforme a un proceso reglado para combatir la deslealtad al comercio exterior —derechos antidumping, compensatorios, etc.—.

Pero se advierte que el comercio ilícito engloba a varias actividades que afectan la actividad económica como el contrabando, el fraude, la defraudación aduanera, la falsificación y piratería, observando que tienen en común la de constituir actividades que tienen trascendencia en los derechos subjetivos derivados de la propiedad intelectual e industrial y que no son más que una manifestación de la libertad de empresa y del libre desarrollo de la personalidad, del derecho de la propiedad y de la protección jurídica de ésta, como derechos fundamentales que

permean, matizan y modulan toda la regulación en este ámbito y que deben ser suficientemente salvaguardados. De tal forma que el ilícito transfronterizo no sólo se presenta como un fenómeno global que rompe leyes y reglamentos que son utilizados para organizar el comercio, proteger a los ciudadanos y aumentar los ingresos fiscales⁹³.

Esto muestra que, por un lado, se tiene un sistema de conductas antijurídicas estable, pero vinculado a diversos bienes jurídicos que cada regulación nacional determina y, por el otro, la aparición de nuevos fenómenos delictivos o nocivos en el comercio internacional que deben contener o reclaman algún tipo de figura que tenga por finalidad neutralizar los efectos que generan.

La evolución de las figuras antijurídicas vinculadas al campo de la infracción generalmente ha estado circunscripta a cuestiones operativas propias de la actividad aduanera (declaraciones inexactas, incumplimiento de destinaciones suspensivas de perfeccionamiento activo o pasivo), o a regímenes especiales (equipaje, pacotilla, envíos postales, diplomáticos). La mayor gravedad o no de estas dependerá de la cuantía de la multa que se establezcan, o de la posibilidad de enmendar o rectificar la operación, pasando ésta a transformarse en un incumplimiento formal.

Los principales regímenes sancionadores aduaneros están influenciados conforme a la decantación histórica, económica y valorativa que ha tenido cada país, por lo que la percepción del legislador a la hora de establecer delitos, infracciones y sanciones disciplinarias está decididamente condicionada lo que explica el motivo por el cual se advierte una gran disparidad de tratamiento y de sanciones, como de criterios para evaluar la gravedad de unas respecto de otras. Ello no obsta a que se busque soluciones globales en orden a la creación de conductas antijurídicas aduaneras que puedan tener pautas y elementos comunes de interpretación y valoración y concreción.

Cabe mencionar que los servicios aduaneros integran la administración pública y en este campo

92. Basaldúa, Ricardo Xavier, "La Aduana: concepto y funciones esenciales", *Memorias del Tercer encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero*, Barcelona, 7 y 8 de junio 2007, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008, ps. 179/204.

93. *Contrabando y defraudación aduanera en Centroamérica*, ob. cit., p.14.

cobran importancia los valores de la eficiencia y eficacia, que son reclamados por la sociedad en orden a su aplicación en el campo social, político y económico. De este aspecto se reclama el éxito como criterio de legitimidad de la administración pública. La eficiencia no es otra cosa que el poder en acto o la potencia en ejercicio. En la administración pública tiene que existir una eficiencia operativa y de suyo lleva a que se traduzca en ser prestadora de un servicio, teniendo como objetivo el interés general colectivo obligatorio⁹⁴.

Las aduanas tienen la obligación de actuar con eficacia y eficiencia, ya que se encuentran dentro del esquema de contenido económico.

IV. La actividad aduanera

La consolidación en lo político y en el desarrollo social del Estado ha llevado a que la labor de la aduana se enriquezca, pero sin dejar de cumplir con la misma función primaria detectada, aceptando que su destino ha de estar indefectiblemente unido a la actividad de control de las mercancías que ingresen o egresen desde o hacia el territorio aduanero en el que ejerce su competencia.

La igualdad de función ha dotado a las distintas aduanas del mundo de un especial grado de homogeneidad, tanto en lo estructural como en lo normativo, facilitado en la actualidad por diversos acuerdos internacionales que han procurado que la actividad aduanera esté orientada al servicio del comercio internacional.

Por lo tanto, de estar casi exclusivamente al servicio de la procuración de recursos para el Estado, al perder éstos su casi exclusividad en la formación del tesoro, atento al fenomenal desarrollo que tuvo la moderna tributación interna, llevó a que la fun-

ción vire a la temática del control de las mercaderías en función de hacer valer y supervisar el régimen de las prohibiciones.

La expresión “ejercer el control sobre las importaciones y exportaciones” revela la función específica de la aduana. No obstante, ese concepto requirió a lo largo del tiempo, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, precisiones que trascendieron, ya que, en las recurrentes situaciones de incertidumbre conceptual, cualquier falta u omisión de diversos reglamentos fue vista como una burla al control aduanero, lo que trajo consecuencias funestas para los actores del comercio exterior⁹⁵.

Algunos han interpretado que la función de contralor de la aduana resulta un instrumento al servicio del proteccionismo, al considerarla como una institución instalada sólidamente en la frontera. Esa línea de pensamiento y de acción era lo que justificaba que el derecho aduanero se viera fortalecido y provisto de elementos destinados a evitar el fraude en todas sus clases, en aras del proteccionismo de la actividad mercantil del país al que sirve⁹⁶.

Desde esa posición se puede decir que, con prescindencia de las corrientes económicas que implemente cada país, la aduana en su labor de control actúa, pura y exclusivamente, como un organismo encargado de aplicar el régimen de prohibiciones (de carácter económico y no económico) conforme a la política de comercio exterior que las autoridades competentes establecen. Esto significa que las autoridades aduaneras han de actuar siempre como un organismo de ejecución y control de la política de comercio exterior de cada país o comunidad.

Algunas veces esta labor se ha visto dificultada por la variación de esas políticas, tanto en su estructura, vigencia y aplicación, generando dispares criterios interpretativos. Para evitar estas dificultades aparece

94. Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, ps. 89/97.

95. Resulta de interés el trabajo de Alsina, Mario Á., y Tow, Héctor J., “Significado y alcance de la expresión “control sobre las importaciones y exportaciones” en el artículo 863 del Código Aduanero”, *La Ley*, t. 1989-D, Sección Doctrina, Buenos Aires, ps. 1042 y ss., donde se dan precisiones acerca del significado de la función de control aduanero.

96. Berr, Claude J., y Trémeau, Henri, *Le droit Douanier*, ob. cit., p. 12. También según estos autores, tal caracterización en general llevó a que desde el punto de vista administrativo la Aduana de Francia históricamente abusara de su reglamentación, perjudicando la actividad mercantil en un exceso del proteccionismo. Esta situación ha de tener un cambio radical con la creación del Mercado Común, primero, y luego con la Comunidad Europea, que lleva a replantear la noción de la aduana y su función. Por su parte, Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, derecho Financiero y Tributario*, 4ª Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 164, destaca que, si

como mecanismo de eficiente administración, que las autoridades políticas, como las aduaneras, tengan un contacto frecuente para no entorpecer la acción de gobierno, o para no dejar de aplicarlas.

Siempre las corrientes económicas han influido en el ámbito aduanero, tanto en lo operativo como en el régimen sancionador, ya que según como interactúa la actividad gubernamental se influye en la misión que se le asigna a la aduana⁹⁷.

Las particularidades comentadas en el apartado anterior han llevado a que se tenga, necesariamente, que distinguir lo arancelario de lo aduanero, ya que son conceptos que en principio parecen estar referidos a lo mismo, pero se vinculan a aspectos y cuestiones bien diferenciados.

Siempre lo arancelario refiere exclusivamente al derecho arancelario, pero no necesariamente a una tarifa determinada, que es conocida como el arancel, que no incluye, dentro de este análisis, la política aduanera que lo sustenta o pretende utilizar, ya que ésta estará vinculada al programa y modo de acción del control, de las mercaderías y del régimen de las prohibiciones.

A tal fin, cabe señalar que una política aduanera se ha de ocupar de los cambios internacionales, afectando a las mercancías, servicios y capitales. En consecuencia, la actividad aduanera alcanzará estos aspectos, en tanto y en cuanto regula y controla las entradas y salidas, a través de autorizaciones, licencias y permisos de los más variados.

El derecho arancelario procura, a través del mecanismo del arancel, generar efectos económicos a

corto y largo plazo, ya que, en definitiva, el arancel óptimo ha de ser aquel que tiende a la protección efectiva, en la medida en que permita la generación de bienes y la diversificación de derechos por productos⁹⁸.

Como instrumento de política económica, el derecho arancelario ha de tener las limitaciones lógicas como acontece siempre que resulta de este un proteccionismo no buscado. Es claro que lo tributario aduanero constituye una materia propia de la política aduanera, la que alcanza al arancel de aduanas como recurso económico propio del Estado, a los tratados comerciales y convenios especiales, mediante los cuales se busca utilizar el tráfico internacional de mercancías y las medidas aduaneras, para hacer actuar una política con finalidades concretas con fines monetarios o regímenes económicos especiales, que han de tener por objeto el estímulo y desarrollo de ciertas actividades económicas de todo tipo, buscando la adecuada ocupación de mano de obra y prestación de servicios. Se diferencia entonces de lo arancelario.

La decadencia de los aspectos arancelarios y las relaciones internacionales, sumadas al concepto económico triunfante del librecambismo, por sobre el proteccionismo, ha llevado a que se tenga una visión más moderna del fenómeno y de la actividad aduanera⁹⁹.

La historia de la aduana asegura y demuestra que la gestión de la tarifa arancelaria fue casi su única y primitiva función, constituyendo la principal razón de ser de la institución. Así, a medida que las necesidades proteccionistas comenzaron

bien los impuestos aduaneros surgieron con la finalidad fiscal de obtener por ese medio ingresos para el erario público, en el curso de la historia no pocas veces se los ha utilizado con fines extra fiscales. Hasta aproximadamente la mitad del siglo XIX imperó un régimen marcadamente proteccionista bajo la influencia de las ideas mercantilistas. A fines del siglo XIX nació la concepción libre cambista, primero con los fisiócratas y luego con los clásicos ingleses, que basaron el librecambio en la división del trabajo internacional y en las teorías de Ricardo, sobre los costos comparados. En esta misma línea, Witker, Jorge, *Derecho Tributario aduanero*, ob. cit., ps. 25/26, reseña que el pasado fiscalista de las aduanas viene como consecuencia de la actividad proteccionista propia del mercantilismo, inspirado por Colbert, que de alguna manera marca como característica de lo que se denomina la vieja aduana, en la que se entraba en una suerte de terrorismo burocrático en que el contribuyente debía aceptar clasificaciones arbitrarias, valoraciones merciológicas impuestas y liquidaciones realizadas por vistas de aduana autoritarias, a los cuales se sumaban agentes aduanales con faltas de capacitación y sumisos. A esto se agregaba el mundo de las barreras no arancelarias, que convertían las operaciones de comercio exterior en verdaderos cotos de privilegio para funcionarios públicos y privados que gozaban de un *imperium* privado, generador de una especie de comercio exterior informal, complejo, y vedado a los usuarios y operadores mercantiles.

97. Rodhe Ponce, Andrés, *Derecho Aduanero Mexicano*, t.1, Ediciones Fiscales ISEF S.A., México, 2011, ps. 217/236.

98. Due, John F., *Impuestos Indirectos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, ps. 93/145.

99. Menciona Johnson, Paul, *Estados Unidos, la Historia*, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 2001, p. 499, respecto de la evolución conceptual de la aduana, el devenir histórico del intercambio y protección de las actividades productivas de cada país. En tal sentido, se

a presentarse, se fue ampliando el concepto de lo aduanero, extendiéndose, en consecuencia, a funciones que alcanzan muy diversas materias, como la naturaleza del contrato que origina el intercambio de mercancías, las formas y los medios de pagos de las transacciones, las medidas de control sobre las posibles desviaciones de las corrientes comerciales, y otras tantas¹⁰⁰.

A pesar de la importante incidencia de la función de la aduana, debe quedar claro que modernamente está más desligada de lo arancelario, siendo su actividad esencial el control del régimen de prohibiciones tanto económicas como no económicas respecto de mercaderías afectadas al tráfico internacional. De modo que cumple una función eminentemente técnica y no política, ya que no compete a esta crear ni fijar las pautas interpretativas de los regímenes especiales o de promoción de contenido político.

La aduana no es sólo una administración tributaria más. Su función originaria y esencial, es el ejercicio de la soberanía en la frontera en relación con el tráfico de mercaderías, con el fin de controlar que sólo se introduzca y extraiga lo que permite el soberano y por quién esté autorizado. Su origen y esencia deben verse en una policía del tráfico internacional de mercancías. Por esto debe verificar, controlar y asegurar el cumplimiento de una infinidad de disposiciones no fiscales, referidas a la salud y a la moral pública, bromatología, protección del patrimonio artístico, cultural e histórico, tráfico de armas y drogas, política internacional, sanidad animal y vegetal, protección de especies, productos estratégicos, etc.¹⁰¹

El comercio internacional actual asiste a una transformación cualitativa, tanto en los objetos susceptibles de intercambio entre territorios aduaneros distintos, como entre sujetos y operadores de los flujos mercantiles entre regiones, bloques y países. Estos objetos, sujetos y escenarios han modificado estructuralmente sus comportamientos; cambios que impactan en las bases mismas de los Estados, sus sistemas jurídicos y sus controles y regulaciones en frontera. Así, el concepto mismo de “territorio aduanero” ha variado sustancialmente vía enclaves, maquiladores, zonas francas, marcas, patentes, que operan entre regímenes y continentes que escapan a las regulaciones nacionales, sumado al hecho de la globalización, con el incremento comercial mundial, favorecido por el descomunal desarrollo tecnológico, diariamente afecta y plantea necesidades a los servicios aduaneros, tanto en lo normativo como en la formación de sus cuadros¹⁰².

Por consiguiente, en algunos casos, se comienza a analizar si la función de la aduana necesariamente debe quedar circunscripta al control de las mercaderías físicas con todos los elementos y cuestiones que esto trae aparejado o comenzar a otorgarle nuevas funciones diversas con motivo de las ventajas que implica el control en frontera.

Acertadamente se ha señalado que, como consecuencia del avance de la globalización de la producción mundial que llevó a la innovación en materia de transporte, comunicaciones a lo que se suma la partición de la cadena de valor —en donde el proceso de producción se localiza en diversos países—, llevó a que las aduanas en su función sustantiva tengan que comenzar a adecuar sus procedimientos

advierde, por ejemplo, que, en los Estados Unidos de Norteamérica, cuya gesta de independencia se genera, entre otros tantos factores, por una cuestión de aplicación de impuestos aduaneros, se desarrolló decididamente una política basada en la libertad de comercio entre los Estados miembro, que a su vez estaba garantizada por la propia Constitución Nacional. Esto permitió que en 1860 dicho país fuera el área de libre comercio más extensa del mundo, sin perjuicio de proteger a sus actividades productivas y manufactureras con aranceles aduaneros elevados, significándole que durante largas décadas pudiera gozar de las ventajas del libre comercio y del proteccionismo, lo que redundó en que, hacia el 1900, el 97% de los productos manufacturados que compraba el mercado interno eran nacionales.

100. Sánchez González, Idelfonso, “Lo Aduanero y lo arancelario su delimitación conceptual”, en *La Aduana española ante la empresa III Jornadas de Estudios Aduaneros 1984*, publicación del Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, ps. 114/130.

101. Sortheix, Juan J. A., “La Aduana Argentina”, publicado en *El comercio exterior argentino en la década de 1990*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Ediciones Manantial, Fundación Banco República, Fundación Lloyds Bank, Buenos Aires, 1991, p. 194.

102. Witker, Jorge, en *Derecho Tributario Aduanero*, 2ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie I, Estudios de Derecho Económico N° 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, ps. 19 y 20, dice: En este proceso de cambio y transformación han tenido una influencia decisiva las comunicaciones, merced a los avances informáticos, que han significado una drástica reducción de costos operativos, logísticos, permitiendo celeridad e intermediación en el intercambio de mercancías. Por tal motivo los servicios como tal comenzaron a generar inquietud en el control y su incidencia en la actividad aduanera.

en miras a mejorar y priorizar el servicio y dejar de constituirse en una costosa restricción operativa¹⁰³.

Unido al tema de la globalización, Basaldúa señala: “La singular influencia de la globalización en el Derecho Aduanero se hace evidente si se tiene en cuenta que esta rama del Derecho constituye un sistema jurídico concebido en función de la necesidad de regular las relaciones con el exterior que se originan, precisamente, en el señalado tráfico internacional de mercaderías. Es que el Derecho Aduanero como disciplina presupone la existencia de una pluralidad de ámbitos espaciales constitutivos de los territorios de los Estados o de las uniones aduaneras o económicas, a través de las cuales circulan las mercaderías y cuya entrada y salida de los mismos, cruzando las respectivas fronteras, dan lugar a los fenómenos de importación y de la exportación (...). Al haberse incrementado notoriamente con el fenómeno de la globalización la cantidad de mercaderías que son objeto del tráfico internacional, así como la velocidad de este último, resulta indispensable que las legislaciones aduaneras cuenten con normas regulatorias que posibiliten un control ágil y simplificado que no cause demoras injustificadas a ese tráfico (...). Así es que las legislaciones aduaneras tienen que procurar conciliar, en la mejor medida posible, las necesidades del control encomendado a los servicios aduaneros con las conveniencias del tráfico internacional de mercaderías”¹⁰⁴.

Esto conduce a que a su función habitual tiene que ser vista en el marco de un protagonista del comercio y no como un escollo de la globalización económica, que tenga por fin impedir la libre circulación de las mercaderías. Por lo tanto, las aduanas modernas deben estructurarse sobre la base de poder brindar: un servicio al usuario, de verificación

a *posteriori* (mediante un control inteligente), que controle y autorice procedimientos, con eficiencia, simplicidad, flexibilidad y con publicidad normativa, dando prioridad al levante de las mercaderías y garantizando los derechos de los usuarios¹⁰⁵.

En este sentido, no debe dejar de resaltarse lo que Basaldúa expone: “(...) sea cual fuere la evolución de las misiones y tareas asignadas a la “Aduana”, lo cierto es que las funciones que la caracterizan básicamente como tal siguen siendo el control del tráfico internacional de mercaderías, la percepción de los tributos aduaneros y la aplicación de las prohibiciones a la importación y a la exportación de mercaderías. Asimismo, para asegurar la eficacia de tales funciones se sancionan severamente todas las acciones que afecten el adecuado ejercicio del control aduanero”¹⁰⁶.

En la actualidad la aduana moderna asume un cambio de paradigma que por un lado la función aduanera por excelencia ha dejado de ser la recaudación y el control, para concentrarse en la facilitación del comercio, y por el otro lado, en lo que atañe a la fiscalización, deja de analizar cada una de las operaciones para asumir un control basado en el análisis de riesgo, facilitando las operaciones que realizan los operadores confiables¹⁰⁷.

También debe ponderarse que, aun en el desbordante proceso mundial que significa la globalización, que propugna el libre comercio, las aduanas no deben presentarse o concebirse como un escollo, sino más bien como una institución necesaria para realizar el control del intercambio comercial que, en ocasiones, pueda significar lesión a la seguridad, la salud pública y a la sanidad vegetal, entre otros perjuicios¹⁰⁸. No puede, por lo

103. Labandera, Pablo, “El nuevo rol de las administraciones aduaneras: una nueva ley como base del *Customs Compliance*”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 26, año 2014, ps. 25/28.

104. Basaldúa, Ricardo Xavier, “El Derecho Aduanero y las Aduanas frente a la globalización contemporánea”, Ponencia para el *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 9 a 14 febrero 2004, México.

105. Recomendaciones de la OMA Marco SAFE, y la OMC en el Protocolo de Facilitación del Comercio de Bali.

106. Basaldúa, Ricardo Xavier, *Introducción al Derecho Aduanero. Concepto y contenido*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 201/214. Aquí sostiene que la función de control del tráfico internacional constituye la función primordial, que preexiste y posibilita el ejercicio de las funciones de percibir tributos y aplicar prohibiciones a la importación y a la exportación. Sostiene que estas otras funciones no pueden ejercitarse sin poner en movimiento la función de control del aludido tráfico a través de las fronteras aduaneras.

107. Labandera, Pablo, “El nuevo rol de las administraciones aduaneras: una nueva ley como base del *Customs Compliance*”, ob. cit., ps. 27/28.

108. *Conclusiones del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Márquez Romero, Raúl, coordinador, Serie

tanto, transformarse en un órgano administrador de barreras para-arancelarias constituyéndose en otra de igual naturaleza¹⁰⁹.

Sin un compromiso por parte de las aduanas de generar canales de control, aun en la facilitación del comercio, poco se puede hacer para combatir el comercio ilícito y en esta función deben intervenir todas las agencias estatales.

V. Permanencia o cambios éticos, sociales, políticos, económicos y jurídicos en la actividad aduanera contemporánea

Se ha podido apreciar en el punto anterior que la aduana ha ido cambiando su función merced a los cambios sociales, políticos y económicos que se han producido en los últimos cien años.

La globalización ha incidido también en este aspecto, ya que gracias a los medios de comunicación y a las soluciones logísticas que se brindan, han obligado a dejar de lado un concepto localista de la función aduanera —percepción de tributos de corte proteccionista—.

La complementación económica, basada en estructuras de costos competitivos, integración de actividades productivas y planificación global, ha llevado a que las aduanas tengan que ser parte de la solución, no constituyéndose en una barrera, sino que debe actuar facilitando ese intercambio.

Esto generó la aparición de cuestiones vinculadas a la presencia cada vez mayor de prácticas desleales en materia de intercambio, ya que la baja de costos y la competencia así lo impone, como también la protección y respeto a la propiedad intelectual, de procesos, inventos, diseños, etc., que la aduana es llamada a participar en orden a su función esencial. A la aduana, ante esa realidad, se le exige una mayor participación del control que se debe hacer de modo inteligente.

En efecto, la incidencia del control de las mercaderías sustentado en la recaudación tributaria poco a poco comenzó a perder fuerza por el hecho que los tributos aduaneros a lo largo de los últimos años han declinado, gracias a los esfuerzos y negociaciones que se han dado en la OMC, que en la búsqueda del libre comercio promueve la baja sistemática y gradual y eliminación de los tributos aduaneros. El control de la tributación interna pareciera que conforme a los nuevos medios técnicos existentes van migrando a los organismos competentes de fiscalizar este rubro dejando libre a las aduanas.

Por otro lado, a las aduanas se les asigna una función de fiscalización de las prohibiciones y que se sustentan en la preservación del patrimonio cultural, histórico, arqueológico, científico, en la preservación de la sanidad humana, animal y vegetal, en la seguridad nacional, en la preservación del medio ambiente.

Es decir que a nivel global comienza a tenerse una cultura de preservación del medio ambiente y esto también ha de incidir en cómo se producen esas mercaderías y qué impacto tienen.

La presencia de mercaderías que universalmente tiene que estar sometidas a un control del tráfico especial, en virtud de las consecuencias que estas producen por ser perjudiciales a las personas, lleva a que las aduanas tengan una función importante en impedir su circulación. El desarrollo de las prohibiciones absolutas vinculadas a estupefacientes de todo tipo y etapa de elaboración, armas y municiones, productos medicinales, alimenticios, residuos y contaminantes de todo tipo, bienes no renovables únicos protegidos, materiales sensitivos específicamente resguardados, cuenten con estatutos específicos en donde la intervención del control de los Estados es sustantiva.

Los cambios sociales, políticos y económicos producidos, luego de la Segunda Guerra Mundial, condujeron a que las fronteras políticas y económi-

Ensayos Públicos N° 19, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, ps. 5/6.

109. Resulta de interés el trabajo realizado por Basaldúa, Ricardo Xavier, “Los principios jurídicos del control aduanero modernizado en el tráfico transfronterizo contemporáneo”, en *Memorias de la Reunión Mundial de Derecho Aduanero, Bruselas*, Editorial Temis, Bogotá, 2015, ps. 7/42, donde se analiza partiendo de la evolución de la aduana y las diversas funciones que se le atribuyó —preferentemente vinculada al tema tributario— y cómo fue derivando en el control de las mercaderías afectadas al tráfico internacional y su actividad actual de control al servicio de la actividad comercial.

cas se desdibujaran en forma notable, y que merced a los adelantos técnicos, no pasaron desapercibidos por los bloques multilaterales, lo que significó la realización de acuerdos para permitir un intercambio más fluido y que se generara en el GATT y luego en la OMC.

En el marco de relaciones internacionales cada vez más desarrolladas que se presenta como una realidad, el comercio internacional constituye un fenómeno que desborda toda clase de apreciación simplista¹¹⁰.

Tal circunstancia impuso la creación de nuevos paradigmas a partir del reconocimiento de principios fundacionales aceptados por la comunidad internacional.

Si se parte del reconocimiento que el comercio ha sido siempre un bien preciado porque trae aparejada la paz e incrementa la colaboración y la solidaridad entre los pueblos, en el aspecto internacional, ha sido el factor de la vinculación de los pueblos, ya que enriquece y desarrolla a la humanidad¹¹¹.

Esta realidad no es pacífica en la actualidad, ya que el grado de interdependencia de los países, la formación de bloques económicos y las demandas insatisfechas de las poblaciones generaron paradójicamente crisis que tienden a ser globales o regionales. La puja de los países por insertarse en el comercio internacional constituye una característica actual, ya que todos buscan mercados como fuente de desarrollo.

Esto obligó a que se busquen y negocien soluciones con prudencia y equidad y que sólo pueden lograrse con una actitud constructiva y responsable por parte de los Estados más desarrollados, que no

sólo deben reconocer el derecho de todos los Estados a participar de los beneficios del tráfico internacional en el marco de un comercio más equitativo, sino crear las condiciones indispensables para que ello se produzca¹¹².

En este sistema, los miembros de la OMC procuraron establecer estándares que en vista de los paradigmas y realidades expuestos permitan un adecuado intercambio de mercancías, facilitando los reglamentos sin menoscabo de la actividad propia que le compete a las aduanas en orden al control.

En el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC se destaca: a) elevar el nivel de vida, b) lograr el pleno empleo; lograr un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda colectiva; y c) acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad a un desarrollo sostenible, todo ello en aplicación de un sistema multilateral de comercio¹¹³.

Pero no es menos importante la directriz que señala que el acceso a los mercados de las mercancías no puede estar determinado por medidas en frontera y restricciones cuantitativas y que, en todo caso, el arancel en las pautas acordadas, resultan las medidas adecuadas para imponer a las importaciones como elementos de protección.

La existencia de hecho de diversas medidas parancelarias resulta generadora de conflictos, ya que implicaría no cumplir con el objetivo de la OMC sobre la reducción progresiva de estos obstáculos que se fortalecen con la aplicación de principios de no discriminación y transparencia¹¹⁴.

110. Aláís, Horacio Félix, "Los principios del comercio internacional y su aplicación en el comercio exterior argentino", *Revista Diritto e Pratica Tributaria Internazionale N° 1, Anno 2012 CEDAM*.

111. Basaldúa, Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 2.

112. Basaldúa, Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio internacional*, ob. cit., p. 21.

113. En este punto Basaldúa, Ricardo Xavier, en *La Organización Mundial de Comercio y la regulación del comercio internacional*, ob. cit., p. 37, señala que respecto a lo que consideran algunos si este tipo de acuerdos ha sido la consagración del liberalismo, o que no se incluyen objetivos políticos ni definiciones en materia de política económica, considera que el objetivo final de la OMC es la liberalización del comercio en un marco multilateral basado en la lealtad, la transparencia y la no discriminación entre sus miembros, buscando también la solución pacífica de los conflictos comerciales, mediante un sistema obligatorio donde prevalece la conciliación que impide las represalias y las demás medidas unilaterales.

114. Basaldúa, Ricardo Xavier, reseña en *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, ob. cit., ps. 38/39, la larga lista de objetivos que se proponen en el seno de las regulaciones de la OMC, y que resultan la reducción de los obstáculos al comercio, la reducción de los impuestos aduaneros, la eliminación del trato discriminatorio en el comercio internacional, contribuir al me-

Como el comercio internacional constituye un motor fundamental para la prosperidad económica y éste puede ser utilizado con fines terroristas que provocarían graves trastornos a toda la economía mundial¹¹⁵, la Organización Mundial de Aduanas (OMA) ha presentado el Marco Normativo SAFE con el objeto de promover una estrategia que garantice el movimiento del comercio mundial que facilite la circulación de mercancías, pero sin menoscabo de las funciones únicas y especiales que tienen los servicios aduaneros.

De lo expuesto, y a la vista de los objetivos de los Acuerdos A1 conforme a sus objetivos, constituyen regulaciones que conforman sistemas y principios que regulan distintos aspectos del intercambio de las mercancías, limitaciones, exigencias que implican toma de posición en valores y criterios que impactan socialmente.

En todos ellos se encuentran normas que otorgan un marcado protagonismo a las administraciones aduaneras, ya que de su aplicación e interpretación redundarán las restricciones en frontera que ralentizan el libre intercambio, muchas veces no como fruto de la mayor eficacia o eficiencia de los servicios aduaneros, sino por la aplicación lisa y llana de políticas específicas de comercio exterior que implementan los países miembros o bloques que estos integran para protección de actividades productivas, o como respuesta a restricciones que padecen sus productos en otros mercados.

De la lectura detenida de las recomendaciones contenidas en la Convención de Kioto (revisada), del Marco SAFE, y del Acuerdo sobre la facilitación del comercio de Bali, se observa que apuntan a un control aduanero más eficiente en un contexto de comercio intenso, sin barreras burocráticas y que en la facilitación se reduzcan los costos operativos, fijando la adecuada publicidad de las reglas de aplicación.

Se concibe un sistema donde las aduanas pasan a ser facilitadoras del comercio sin dejar su función de control, por lo que se fomenta la actividad coordinada de los diversos organismos que actúan en frontera, se promueve evitar la burocratización de los trámites y formularios, bajar las demoras operativas y utilizar matrices de riesgo realistas.

Gracias a los instrumentos tecnológicos, entrenamiento, información y matriz de riesgo completa y adecuada, resultan los nuevos paradigmas que se imponen modernamente en los servicios aduaneros para la realización de su función de control¹¹⁶.

Se insinúa un rol en las aduanas como facilitadoras del comercio, en lugar de la aduana controladora¹¹⁷, y simplificadora de los procedimientos aduaneros¹¹⁸.

La aplicación concreta y el adecuado desarrollo de estos paradigmas se han de expresar muchas veces por medio de actos administrativos automáticos, van a depender de principios ineludible que

joramiento de los niveles de vida, logro del pleno empleo, aprovechamiento en forma óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible, acrecentar el intercambio de mercaderías y servicios, fomento del desarrollo económico, solución pacífica de los conflictos comerciales, y luego de la Ronda Uruguay el establecimiento de la regulación del comercio internacional de los servicios, la re inclusión de los productos agrícolas y textiles, la protección de la propiedad intelectual, la protección del medio ambiente y el reconocimiento de que los países en desarrollo y menos adelantados merecen un trato diferenciado y tienen derecho a participar en forma equitativa en los beneficios del tráfico internacional. Por tal motivo se establecieron criterios de transparencia, objetividad, liberación gradual de aranceles, liberación de restricciones no arancelarias y medidas en frontera sobre la base de obtener un mayor intercambio de mercancías que se impone como paradigma en un contexto de globalización comercial.

115. Marco Normativo SAFE de la OMA, Proyecto junio 2012: <http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/tools/~media/C6CDF626AFB348FCA>

116. En este punto es de mencionar la experiencia obtenida en la República de México, que da cuenta Rojas Rivas, Arturo, en su trabajo "La transformación tecnológica aduanera con juridicidad. La tecnología y las mejores prácticas de administración de riesgo en el entorno de la ventanilla única", *Memorias 7ª y 8ª Reunión Mundial de Derecho Aduanero, International Customs Law Academy*, Librería ISEF, 1ª Edición, México, junio 2013, ps. 433/441.

117. Labandera, Pablo, "Una buena ley como base del *Customs Compliance*", *Memorias 7ª y 8ª Reunión Mundial de Derecho Aduanero, International Customs Law Academy*, Librería ISEF, 1ª Edición, México, junio 2013, ps. 79/95. Aquí se desarrolla in extenso este concepto donde da cuenta de la evolución y nuevos elementos que les permite a las aduanas el cambio del paradigma.

118. De la Ossa Martínez, Antonio, "La experiencia española en la integración europea", *Memorias del Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Aduanero*, Guadalajara, junio 2005, 1ª Edición, mayo 2006, México, ps. 57/86, detalla en el derecho aduanero español que a la luz de las normas comunitarias se han simplificado los procedimientos aduaneros sobre la base del principio de confianza, y de política y estrategia de las aduanas, buscando el equilibrio de ambos intereses y teniendo como meta un mejor servicio.

son: a) transparencia; b) no discriminación; y c) imparcialidad o neutralidad.

En esta línea, la transparencia se consolida con la publicidad previa de los reglamentos y criterios técnicos a aplicar a los operadores en igualdad de circunstancias y situaciones y que uno de los métodos que se recomiendan hacia el futuro es por medio de las resoluciones anticipadas que han de resolver los principales conflictos que se producen con el régimen tradicional en materia de clasificación arancelaria, valoración y origen, que a su vez dispararán los parámetros de aplicación de tributos y el régimen de prohibiciones y restricciones al comercio exterior. La transparencia también actúa como un elemento de seguridad ante eventuales actividades ilícitas generadas desde las mismas administraciones aduaneras, por lo que estos programas aportan a combatir estas prácticas que afectan el tráfico internacional de mercaderías¹¹⁹.

Finalmente, la imparcialidad o neutralidad del accionar del servicio aduanero tiene que estar fundado en que su labor no puede estar condicionada a la presión de ningún sector, circunstancia o directiva de origen político, ya que su labor es técnica y ha de limitarse al cumplimiento de las normas de comercio exterior vigente en su país.

La implementación del uso de la tecnología en los procesos administrativos aduaneros constituye una necesidad evidente, pero dicha labor no debe violentar el principio de seguridad jurídica, ni del debido proceso del administrado.

En la medida que las aduanas comprendan su rol y función, conforme al nuevo valor de facilitación del comercio, se observarán los resultados esperados. Pero el control estará siempre presente, ya que hace a la esencia de la actividad aduanera, pero en la medida que se haga en forma inteligente y adecuada permitirá cumplir con los objetivos que se prego-

nan y redundará en un mejor y mayor intercambio, lo que ha de fomentar en definitiva en el desarrollo económico de todos los miembros, salvaguardando la seguridad en un mundo dinámico y complejo.

El paradigma se afianza al revalorar el concepto de servicio público, por lo que debe generar una legítima confianza en los usuarios en orden a la previsibilidad del accionar de la aduana.

En la actualidad el discurso ético está presente en forma permanente en todos los ámbitos. Sin embargo, como un elemento típico de la modernidad el concepto ético ha quedado un tanto empobrecido atento a que el concepto de verdad se ha diluido por la afectación del relativismo, lo que ha significado que en el campo del derecho influya en la toma de decisión de interpretación de la norma que realizan los jueces¹²⁰.

Existe una mayor inquietud en reclamar comportamientos éticos a actividades, instituciones y al mismo Estado. Pero tal circunstancia se enfrenta al mismo inconveniente que para la ética personal. De modo que existe una suerte de constructivismo ético que se base sobre la posibilidad de consensuar valores y proceder tanto en ciertas personas como en instituciones.

Esto también lleva al siguiente dilema que consiste en analizar: si hay una ética permanente y constante o bien ésta es fruto de un cambio, conforme los parámetros y paradigmas que la sociedad perciba en cada época.

Aristóteles enseña que todos los actos humanos y las determinaciones morales están orientadas en orden a un fin que se pretende, y es comúnmente descrito como un bien. Este bien supremo es la felicidad que se define como cierta actividad del alma dirigida por la virtud perfecta, de manera que la virtud debe ser el objeto de los trabajos del verdadero

119. Destaca Malem Seña, Jorge F., en *Globalización, comercio internacional y corrupción*, ob. cit., p. 45, que uno de los efectos de la corrupción más nocivo para la economía de un país que la padece, es que atenta contra la inversión y en consecuencia es una práctica negativa para su desarrollo económico, político y social, ya que degrada las posibilidades de crecimiento económico a largo plazo, por ello si se parte que un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, para que esta exista tiene que haber un sistema normativo que sirva de referencia, de modo que resulta la corrupción parasitaria de un sistema normativo.

120. Martínez Rodán, Luis, "Relativismo ético y discrecionalidad judicial", *Persona y Derecho* N° 61, ps.115/142, Fuente académica EBSCO host (accessed July 14, 2016). Aquí se destaca que la filosofía defiende la existencia de una realidad absoluta, objetiva e independiente del conocimiento humano y lo verdadero será lo que se adapte a esa realidad, mientras que en el relativismo la realidad solo existe dentro de los límites del conocimiento y dependerá del sujeto cognoscente.

político, puesto que lo que este quiere es hacer a los ciudadanos virtuosos y obedientes de las leyes¹²¹.

El obrar humano debe serlo conforme a la recta razón y esto implica que en cada acto que el hombre toma en libertad debe decidir conforme a esa rectitud que se afianza en el desarrollo de las virtudes humanas. Ese obrar resulta la esencia de la conducta moral, ya que la facultad de querer libremente lo que hace, es decir de no verse materialmente forzado en su comportamiento por una necesidad impuesta por su propia naturaleza. Pero la libertad de opción se reduce, en sentido moral, a querer el bien o el mal, y el hombre en su libertad debe optar siempre por el bien, ya que el mal es contrario a la naturaleza¹²².

En todo obrar humano debe estar determinado por el conocimiento del ser real mediante la objetividad de éste, y en ese accionar se presenta la sindéresis que es siempre recta y operar en la razón práctica cuando juzga sobre el fin del obrar humano¹²³.

Esto es porque la acción moral del hombre está ligada a la realidad, a las cosas. De modo que, en el campo ético, objetividad significa un actuar conforme a la realidad y no a la subjetividad del que obra. Por ello siempre se ha de precisar un dictamen prudente en buenas acciones¹²⁴.

Sobre esa base el criterio supremo y el presupuesto natural de la moral, es la ley ontológica estructural-fundamental de lo real, sobre todo del hombre mismo transformada en conocimiento directo¹²⁵.

El hombre en el ejercicio de su libertad se auto determina, ya que la libertad constituye en el dominio de sus propios actos en miras de un perfeccio-

namiento propio. La ética no solo es natural, sino esencial, no es productividad, sino el hábito, por ello que la ética actúa sobre las consecuencias de los actos humanos¹²⁶.

La vida humana es por tanto intrínsecamente moral en un sentido más radical y profundo de lo que ha solido pensarse y ello sea cualquiera la doctrina o interpretación que de la vida de haga, ya que todo lo que el hombre proyecta en su vida encuentra que a todo ello le pertenece un carácter moral que proviene del ejercicio de la libertad de la necesidad de elegir, preferir, en suma, justificar las decisiones¹²⁷.

La ética en su función siempre es permanente y se orienta a los valores descriptos, emitiendo al operador un dictamen veraz conforme el imperio de la prudencia —sindéresis en sentido propio—. Es la ética la que impera criterios de ordenación racional de la conducta de cada ser humano a sus fines, determinando así lo bueno, lo menos bueno, y lo malo en el orden moral que abarca la vida interior y exterior de cada persona¹²⁸.

Vinculado a la actividad aduanera, la cuestión ética no ha sido indiferente como tampoco lo ha sido en el marco de las administraciones públicas contemporáneas.

La ética pública ha existido desde antaño para formar la conducta de los hombres de gobierno. De forma tal que para que esto se cristalice es necesario rescatar e identificar los valores de la administración pública al ser parte de la cultura organizativa, por lo que resulta vital ayudar a crecer y a desarrollar este concepto en el personal. Estos valores dan sentido y orientan, no imponiendo un comportamiento, bus-

121. Aristóteles, *Ética*, Editorial Libsa, Madrid, 2004, ps. 13/23.

122. D'Ors, Álvaro, *Derecho y sentido común*, ob. cit., ps. 34/36. Señala que la libertad esencial no consiste siempre en elegir una conducta, sino en poder optar por ella. La diferencia está en que la elección presupone una multiplicidad de posibilidades, en cambio la opción consiste en la aceptación de una.

123. Pieper, Josef, *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*, Librería Córdoba, Buenos Aires, 2009, ps. 56/57.

124. Pieper, Josef, *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*, ob. cit., ps. 64/65.

125. Pieper, Josef, *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*, ob. cit., p. 70.

126. Polo, Leonardo, *Persona y libertad*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1ª Edición, Navarra, 2007, ps. 99/103.

127. Marías, Julián, *Tratado de lo mejor. La moral y las formas de vida*, Alianza Editorial S.A., Madrid 1996, ps. 13/28.

128. Martínez López Muñoz, José Luis, "Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa", *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, N° 67, Perú, 2011, ps. 330/331. Entiende que la ética es la dimensión normativa de la ontología antropológica propia del ser humano en su integridad en su dimensión individual y social.

cando en definitiva que exista una integración de valores personales con los institucionales¹²⁹.

En España, Rodríguez Arana ha evidenciado en varias obras que hay una identificación de la ética pública con la ética de la función pública como ciencia de la actuación de los funcionarios orientado al servicio de los ciudadanos, asumiendo el compromiso con el bienestar de la gente o bien ordenado a la consecución del bien común y, consecuentemente, el que adopta conductas antiéticas implica desnaturalizar el poder público cuya consecuencia directa resulta la corrupción en todos sus grados¹³⁰.

La sociedad se encuentra ante un cúmulo de problemas de carácter global: crisis económica, problemas ambientales, falta de recursos, migración, inseguridad, incremento de pobreza, y en ese contexto los antivalores se han expandido de forma indiscriminada, invadiendo todos los ámbitos de la vida pública y privada que repercute en lo que se conoce como corrupción y que busca ser combatido por diversos organismos como la ONU, OCDE, BID, etc.¹³¹.

Se manifiesta que la administración pública actual descansa, por un lado, en los principios del modelo racional de Weber y, por el otro, en la incorporación de nuevos valores representados por la realización práctica de actuaciones eficaces y eficientes que den respuestas a las necesidades sociales de forma satisfactoria, con calidad adecuada y al menor costo posible. Por ello aparecen como valores éticos la profesionalidad, la eficiencia, la eficacia, la calidad en el producto final, la atención y el servicio al ciudadano, la objetividad, la transparencia, la imparcialidad, y la sensibilidad suficiente para percatarse que el ciudadano es el centro de referencia de toda actividad¹³².

La aplicación adecuada de los valores conlleva a un buen gobierno o institución estatal, ya que si se mantiene en sanos principios que proporciona un beneficio a la comunidad puede exigir a esta igual actitud y cumplimiento. Por el contrario, no obrar con el ejemplo se percibe y afecta a los ciudadanos. Se presenta como deber moral que todos cumplan con la práctica de los valores, derivado que la ética reclama la puesta en práctica de estos y no como una adhesión a principios abstractos, por lo tanto, los valores requieren el auxilio de las virtudes y su puesta en práctica¹³³.

La globalización permite la llegada de valores externos de carácter económico comercial, ajenos a distintas realidades nacionales y que genera a veces confusiones, lo que incentiva a que busquen obtener ganancias adicionales y el valor del espíritu de servicio sea sustituido por el interés económico. Por ello, al existir falta de educación o poco interés por las autoridades por la cuestión ética, se ponen en marcha los motores de la corrupción: la codicia, la avaricia, y el anhelo de poder¹³⁴.

Finalmente, la implementación de códigos de ética o programas no son un fin en sí mismo, ya que se da la paradoja que países con buenos códigos, pero con muy baja moralidad y esto obedece a que la conducta de las personas no radica en la ley sino en la cultura social, hábitos y formación¹³⁵.

En lo propiamente aduanero, y sin perjuicio de los esfuerzos que sobre este campo han realizado diversos países, la OMA ha tenido muy claro fomentar un modelo de ética y conducta, como consecuencia de lo que se conoció como la Declaración de Arusha¹³⁶ —revisada— concerniente al buen gobierno y a la ética de las aduanas. Esto derivó en la implementa-

129. Bautista, Oscar Diego, “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 66, Madrid, 2005, ps. 128/129.

130. Rodríguez Arana, Jaime, *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 30.

131. Bautista, Oscar Diego, “Valores Éticos para los servidores públicos del Estado de México”, Cuadernos de Ética Pública, Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), México, 2010, ps. 2/3.

132. Bautista, Oscar Diego, “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, ob. cit., p.130.

133. Bautista, Oscar Diego, “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, ob. cit., p. 137.

134. Bautista, Oscar Diego, “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, ob. cit., p. 141.

135. Bautista, Oscar Diego, “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, ob. cit., p. 144.

136. Realizada en la localidad de Arusha, Tanzania, el 7 de julio de 1993, y revisada en junio de 2003 en las 101ª y 102ª Sesiones del Consejo.

ción de una guía de desarrollo de la ética y un código modelo de ética y conducta aduanera.

La OMA resalta que en el siglo XXI las aduanas se enfrentan a demandas importantes y aparentemente contradictorias como son la necesidad de seguridad y de control de la cadena del suministro internacional y, por otra parte, la demanda cada vez mayor de facilitación del comercio legítimo.

En esa función se presenta como un elemento fundamental a la ética, y ésta es importante por la labor específica que realiza la aduana, admitiendo que la existencia de corrupción destruye la legitimidad de una administración aduanera y limita gravemente su capacidad para lograr eficazmente su misión¹³⁷.

Se establece que el servicio público es sinónimo de confianza para los ciudadanos, de modo que los funcionarios aduaneros tienen la responsabilidad hacia el Estado y sus ciudadanos de poner la lealtad al Estado, a las leyes y a los principios éticos antes que el beneficio propio. El público tiene derecho a tener una confianza, certidumbre y respeto totales en cuanto a la integridad de sus administraciones aduaneras y esperar que todos los funcionarios sean honestos, imparciales y profesionales, de manera que se espera que tengan conocimiento, experiencia y autoridad oficial¹³⁸.

Si bien no existe una definición consensuada de corrupción aduanera, estas giran específicamente por el alejamiento o contravención del deber público, la provisión o recepción de alguna forma de incentivo indebido y un elemento de reserva o confidencialidad sin sanción oficial. En estas prácticas se engloban el soborno, nepotismo y malversación.

Las principales causas de corrupción las constituyen: a) poder monopólico de los empleados de aduana sobre los clientes; b) empleados de aduana

con poder discrecional sobre la provisión de bienes y servicios; c) bajo nivel de rendición de cuentas o control con redes familiares con las que interactúan; d) se trabaja en lugares remotos con muy baja supervisión; e) despacho de bienes y medios de transporte que son sensibles y se crean incentivos adicionales para eludir los procedimientos aduaneros; y f) los empleados aduaneros aplican una amplia gama de complejas regulaciones y ejercen amplias facultades discrecionales.

Una estrategia ética se tiene que basar en los siguientes valores: liderazgo y compromiso, marco regulatorio, transparencia, automatización, reforma y modernización, auditoría e investigación, código de conducta, gestión de recursos humanos, moral y cultura organizacional, y relación con el sector privado.

Pero siendo la corrupción una realidad compleja de erradicación se debería prever mecanismos de protección y resguardo de informantes conocido como sistema de *whistleblowing*, para detectar y prevenir conductas impropias, y que a su vez estos tengan un sistema de monitoreo y control externo¹³⁹.

VI. El bien jurídico que debe proteger la infracción y el delito aduanero

Se ha distinguido, a modo de síntesis, que el bien jurídico es visto como el punto de encuentro entre injusto y política criminal, de tal manera que el derecho penal solo debería tener por misión proteger bienes jurídicos y los tipos penales solo deberían ser interpretados en este sentido. Pero desde el inicio se ha presentado el problema de buscar un concepto de bien jurídico y criterios manejables para su delimitación, labor que ha resultado infructuosa, sin perjuicio que se sostiene que la idea de protección de bienes jurídicos ha sido el punto de

137. Se destaca que en los países en vías de desarrollo la corrupción aduanera puede ser letal y, en general, afecta la confianza de los usuarios, se debilita la moral de los funcionarios aduaneros, se crea una barrera innecesaria al comercio internacional, pérdida de ingresos, aumento de costos que asume la comunidad, disminución de los cumplimientos de los reglamentos aduaneros.

138. El Código Modelo de Ética y Conducta de la OMA describe, en términos muy prácticos y claros, normas mínima de comportamiento requerida a todos los funcionarios aduaneros, conteniendo como elementos claves: la responsabilidad personal, el cumplimiento de la ley, las relaciones con el público, limitación para aceptar regalos, recompensas, hospitalidad y descuentos, evitar los conflictos de intereses, limitaciones en la actividad política, conducta en cuestiones de dinero, confidencialidad y uso de la información oficial, uso de la propiedad y los servicios oficiales, compras privadas de la propiedad del Estado por parte de los funcionarios y entorno de trabajo.

139. Calvo, Patrici, "Economía con sentido moral. Un sistema de monitorización y gestión de la ética para empresas y organizaciones", ob. cit., ps.241/242.

partida para el desarrollo del principio de lesividad que, en definitiva, es lo que autoriza el ejercicio del *ius puniendi* a través del Estado¹⁴⁰.

La importancia de este concepto se presenta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina a través de la cual la ausencia de bien jurídico permite cuestionar el tipo legal creado, como sería el caso de figuras destinadas a minorías basadas en cuestiones morales o éticas.

Jescheck ilustra que por bien jurídico debe entenderse todo valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad, y que puede atribuirse a su titular, tanto al particular como a la colectividad¹⁴¹.

Este tema se vincula en forma directa con el proceso interpretativo con relación a la estructura del delito, ya que proporciona el fundamento para la interpretación global, a la que posteriormente se refieren las demás directrices interpretativas que se resume en el principio de *ultima ratio*¹⁴².

En el derecho penal moderno, la acción del bien jurídico no sólo posee una especial riqueza, sino que además se ha constituido en un elemento esencial para el análisis del tipo penal. En tal sentido, el análisis del bien jurídico adquiere una significación material o valorativa fundamental, pues, para que un bien alcance la protección jurídica penal debe aparecer como vital y necesario para el recto orden social. Esto también ha de tener una relación directa con el denominado principio de garantía, en la medida en que no puede haber ley penal sin un bien jurídico que proteger, ni conducta típicamente antijurídica sin ataque a un bien jurídico tutelado¹⁴³.

Debe considerarse que para algunos el bien jurídico no integra el tipo legal, y tampoco la norma, sino que se presenta como la piedra fundamental a partir de la cual se construyen los tipos legales, y conforme destaca Zaffaroni, el bien jurídico cumple una función garantizadora o de límite de la tarea del legislador, y también una función teleológica sistemática para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición. Por lo que se puede sostener, conforme a lo expresado, que el bien jurídico preexiste a la norma penal como valor o interés con sentido para los individuos en su actividad social, convirtiéndose en bien jurídico recién al ser incorporado a la esfera de protección del derecho.

La doctrina y la jurisprudencia han expresado diversos pareceres, en atención a la complejidad del tema, a su dispersión y a la necesidad de mantener el bien jurídicamente protegido como instrumento imprescindible de interpretación en el campo del derecho penal. Hay autores que, fijándose en la manifiesta disparidad, afirman la posibilidad de existencia de pluralidad de bienes jurídicos, según las distintas modalidades delictivas. Así, pues, en esta línea, Bajo Fernández señala que “la regla que sirve para determinar claramente la línea divisoria entre el bien jurídico y las motivaciones por las que se castiga una conducta, es la siguiente: el bien jurídico constituye un elemento del tipo injusto, lo que significa que: a) su lesión —o puesta en peligro— es necesaria para poder considerar el hecho consumado —o, en su caso, como intentado o frustrado—, y b) su conocimiento es imprescindible para la concurrencia del dolo”. En cambio, otros tratadistas unifican el bien jurídico protegido en estas figuras, indicando, por ejemplo, en el derecho

140. Abanto Vázquez, Manuel A., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista Penal* N° 18, Madrid, 2006, ps. 3/4.

141. Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, V. 1, ob. cit., ps. 11/12. Estos conceptos son los que permiten afirmar a Spolansky, Norberto, en “Contrabando, divisas y robo. Aspectos comunes: el bien jurídico protegido y la Constitución Nacional”, *La Ley, 1991-A*, Buenos Aires, ps. 73 y siguientes, que no existen bienes jurídicos individuales, como la libertad, la propiedad, etc., y bienes jurídicos supraindividuales; es decir que los bienes jurídicos del Estado son superiores a los individuos, en otras palabras, la idea central que rige actualmente al derecho penal es que todos los delitos, aun los que tengan prestaciones o funciones estatales deben estar encaminados a proteger en última instancia a los individuos y a cada uno de los intereses.

142. Schünemann, Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en *La teoría del bien jurídico, Roland Hefeldehl (ED)*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 2007, p. 199.

143. Yacobucci, Guillermo J., “Principios de la Ley Penal Tributaria”, *El Derecho*, t. 137, Buenos Aires, 1990, p. 937 y sgtes. Aquí el autor, refiriéndose a la Ley Penal Tributaria, define al bien jurídico tutelado de dicha norma represiva, señalando que este es de carácter macro social y económico, siendo pues definible como la Hacienda Pública, pretendiendo con ese término individualizar la actividad económica financiera que lleva adelante el Estado y que se constituye merced a la integración dinámica de dos aspectos: la recaudación tributaria y el gasto público, ambos unidos de hecho, por la actividad económica del Estado moderno.

aduanero, que es el control sobre la introducción, exportación y circulación de mercaderías, ejercitable como función principal por las aduanas¹⁴⁴.

Se especifica que el principio de lesividad lleva a dos criterios de clasificación de los bienes jurídicos: a) las reduccionistas de bienes jurídicos individuales —teoría monista—, y b) los que consideran que merecen protección penal los bienes llamados supraindividuales o colectivos —teoría dualista—. Los primeros se los agrupa en la Escuela de Fráncfort, donde se limita la intervención penal, dejando de lado la protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y excluyendo a los delitos económicos; los segundos no satisfacen ya que no aportan criterios para su admisibilidad, pero no se pone en duda que se pueda renunciar a la protección de bienes jurídicos universales¹⁴⁵.

Se ha desarrollado también una concepción constitucionalista, que parte de la base que los bienes jurídicos conforme tutelén valores éticos-sociales que se deriven de la norma principal y que por lo tanto se garanticen los derechos de los ciudadanos. Por ello se señala que a partir de esta guía Roxin excluya la existencia de bien jurídico tutelado penalmente en el caso normas motivadas por una ideología, cuando la norma solo describe el objeto de la ley, simples atentados a la moral y cualquier abstracción impalpable¹⁴⁶.

Silva Sánchez ha remarcado como idea clave que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que tiene lugar en la vida social), en la que determinados objetos se convierten en bienes jurídicos y por lo tanto en la medida en que estén dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad¹⁴⁷.

Ahora bien, no todas las conductas están llamadas a que tengan que tener intervención del derecho penal. En este punto se ve al bien jurídico como un elemento destinado a limitar el *ius puniendi* estatal¹⁴⁸, ya que pueden tener soluciones por aplicación de otras ramas del derecho como puede ser el civil o el administrativo. Esto se presenta como una disyuntiva del derecho penal económico, donde la protección penal se dirige a garantizar el funcionamiento de instituciones protegidas por el derecho administrativo o distintas áreas jurídicas autónomas, ya que si se precisa una mayor protección se recurriría al derecho penal que se basará en el criterio de necesidad de pena y dependerá de la ponderación de los intereses en juego vinculados con bienes fundamentales, como la libertad individual y la seguridad ciudadana¹⁴⁹.

Una de las varias críticas que se hace a la teoría de la protección de los bienes jurídicos es que no explican en forma satisfactoria la punibilidad de los delitos de peligro abstracto, como que también mirando a la teoría constitucional ha tenido una falta de concreción, y si se basa en lo que sostiene la Escuela de Fráncfort va aunada a la propuesta de un derecho penal mínimo, es decir una lista de bienes jurídicos reducida para garantizar un mínimo de reacción violenta pero que contenga la defensa de derechos económicos sociales propios de la vida moderna y la globalización; y finalmente no siempre es necesario proteger bienes jurídicos, sino meros intereses sociales. A todo esto se ha contestado que el concepto de bien jurídico debe quedar abierto conforme a las necesidades sociales y económicas y la lesividad puede ser entendida no solo como algo individual, sino social, sea que se produzca a través de un perjuicio verificable individualmente

144. Herrero, Carlos, *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Ministerio del Interior Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, p. 319.

145. Arroyo Zapatero, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal N° 1*, Editorial Praxis, Barcelona, 1997, p. 2.

146. Abanto Vázquez, Manuel A., "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", ob. cit., ps. 7/9. Señala también Mir Puig, Santiago, en *Estado, Pena y Delito*, ob. cit., p. 85/98, que no todo bien jurídico requiere tutela penal ya que el derecho penal actúa en la protección que se sustenta en la importancia social y en la gravedad que se le atribuya.

147. Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 271. Sobre el particular Rodríguez Estévez, Juan María, *El derecho penal en la actividad económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 145, concluye que la estructura social no es un valor en sí mismo, sino que deberá ser valorada axiológicamente.

148. Moccia, Sergio, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, en *Política Criminal y nuevo derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1997, p. 114.

149. Abanto Vázquez, Manuel A., "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", ob. cit., ps. 13/14.

o no. Por último, los delitos de peligro abstracto no exigen una lesión, sino la puesta en peligro de los bienes jurídicos¹⁵⁰.

Existe la idea de renunciar a la teoría de los bienes jurídicos por la de la protección de los deberes. Esto se ha desarrollado a través del normativismo radical y el análisis económico del derecho.

La primera tiene desarrollo en lo sostenido por Jakobs cuando sostiene que la misión del derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en la estabilización de las normas vigentes en una sociedad de personas. Con esto se diferencia a la teoría del normativismo moderado de Roxin, que basa la dogmática penal en lo puramente funcional, es decir en los fines del sistema social. La postura de Jakobs es criticada porque no hay motivo para renunciar a la protección de bienes jurídicos, y que lleva a un sistema potencialmente autoritario sobre la base de lo que se denomina el derecho penal del enemigo del que se deriva cierta legitimación al derecho penal de autor, también que se produce una pérdida de protección social, entre otras tantas¹⁵¹.

En síntesis, solo corresponde hablar de bienes jurídicos protegidos únicamente en el contexto de la interpretación del derecho vigente; la teoría del bien jurídico no debería seguir operando como criterio de legitimación de todo el conjunto de las normas penales, sino que solo ha de ser relevante en el derecho penal nuclear; y finalmente se postula el concepto de lesividad social. Pero una vez que se propone la protección penal de un determinado hecho —un interés, un recurso, un valor, etc.— debe demostrarse de manera plausible, a partir de principios éticos de carácter crítico, que ese hecho merece tal protección y recién ahí, una vez comprobado, se podrá sostener que ese hecho constituye un bien jurídico dejando de ser un instrumento de legitimación de normas, sino que pasa a ser un producto de los principios que lo sustentan¹⁵².

La segunda pretende dar una explicación a fenómenos jurídicos bajo una orientación económica que es la eficiencia, es decir que cualquier área del derecho siempre debería buscar la mayor eficiencia posible, sea creando reglas jurídicas que lo posibiliten o eliminando o modificando las existentes. Esto influye en el derecho penal, ya que el delito sería cometido por un sujeto que siempre trataría de maximizar sus propios beneficios y lo cometería en la medida que sea una opción válida. De manera que esta teoría se acerca mucho a la realidad social en que los delitos económicos contienen una serie de particularidades como que el delincuente está plenamente socializado, actúa reflexivamente y generalmente se encuentra motivado por razones económicas.

Pero esta posición no se defiende en la actualidad como tesis radical, ya que se reconoce la preexistencia de una base constitucional de la sociedad en la que lo económico tiene que respetar la existencia de valores, intereses y estudiar la posibilidad de su optimización, pero no puede establecerse una prohibición bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico, ya que sería un caso de terror de Estado¹⁵³.

La filosofía del derecho actual, atento a la concepción de la justicia, lleva a que existan casos difíciles cuando mediante una ley se pretende de manera abierta establecer regulaciones que se presentan como razonables y de alguna manera afectan o menoscaban, o amenazan, derechos fundamentales, sobre todo en materia de salud pública, objetivos de política económica, seguridad interna y externa etc.¹⁵⁴.

Si está justificada la necesidad de la teoría de los bienes jurídicos, ahora resta analizar si ésta es insuficiente para explicar la protección de algunos intereses sociales modernos o precisan una fundamentación adicional.

Esto se relaciona con lo que se denomina la apa-

150. Abanto Vázquez, Manuel A., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, ob. cit., ps. 21/22.

151. Abanto Vázquez, Manuel A., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, ob. cit., ps. 25/31.

152. Seher, Gerhard, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en *La teoría del bien jurídico, Roland Hefeldehl (ED)*, ob. cit. p. 70 y 92.

153. Hassemmer, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico, Roland Hefeldehl (ED)*, ob. cit., p.103.

154. Orrego Sánchez, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del Derecho”, en *Dikaion 24-1*, Universidad de La Sabana, Colombia, 2015, ps. 122/124.

rición de una sociedad de riesgos y por lo tanto de un derecho penal del riesgo¹⁵⁵. Encuentra apoyo en los diversos grados de intervención del Estado en la vida económica que rompe, a veces, con el principio de subsidiariedad y que el derecho penal se lo entiende como un apoyo o refuerzo de expectativas que contienen valoraciones de bienes jurídicos basados en la persona la moral. Esto lleva a considerar que el derecho penal debe limitarse a la protección contra ataques violentos dolosos a la vida, el cuerpo, la libertad y la propiedad, de manera que como consecuencia lleva a que se despenalicen amplias áreas del derecho penal. Esta posición es resistida, ya que se confunde el resultado —eficacia— en los delitos económicos que depende de múltiples factores como la falta de voluntad política, desconocimiento técnico de los operadores de la norma, pero no como resultante de la protección penal¹⁵⁶.

Estas propuestas han tenido repercusión en Iberoamérica, cuando Silva Sánchez explicó que hay que separar dentro del derecho penal dos sectores o bloques de delitos en que uno de primera velocidad se encuentran los delitos tradicionales, en el que se deben emplear todos los elementos propios de garantía. En el bloque de la segunda velocidad los principios y garantías deberían flexibilizarse, pero en cuanto a las penas, por una cuestión de proporcionalidad, deberían preverse la pena de multa, comiso de ganancias y reparación civil, pero deben permanecer en el derecho penal y no en el derecho administrativo, ya que la fuerza comunicativa de la pena es trascendente y cuenta con la neutralidad de los tribunales¹⁵⁷.

Es dable indicar que en este campo el delito implica que se lo aborde desde la perspectiva del riesgo social, ya que no se presenta la responsabilidad penal como un reproche a un sujeto por su comportamiento. La responsabilidad penal se presenta cuando acontecen involuntariamente hechos repro-

chables que están dentro del ámbito de la actividad lícita que realiza el sujeto y que se deprenden de los reglamentos que funcionan como criterios de imputación y asignación¹⁵⁸.

La solución a estos dilemas parece más inclinada a la creación de un derecho sancionador de la empresa que tenga cierta autonomía, situado entre el derecho penal y el derecho administrativo.

A modo de reflexión la teoría de los bienes jurídicos de base constitucional proporciona una plataforma real aprehensible y controlable a partir de la cual pueden trabajar y vincularse el derecho penal y la política criminal, sin perder de vista las características humanas de los destinatarios de las regulaciones penales, que puede dar fundamento a un derecho penal mínimo bajo una protección máxima de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)¹⁵⁹.

Se postula¹⁶⁰ que el juicio de valor crea bienes jurídicos. Este concepto debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quién crea el derecho. A partir de esta idea se puede sostener que cumple con funciones dogmáticas.

La opinión contraria le atribuye a la noción de protección de bienes jurídicos una función normativa, o en todo caso lo que subyace detrás de la norma.

Los bienes tienen su origen en un juicio de valor y por ello no permite construir una teoría del bien jurídico que sea vinculante y susceptible de consenso, porque en una sociedad axiológicamente plural e incluso multicultural no hay un conjunto suficientemente delimitado de valores ni su ordenación a estos para que sean todos admitidos. Esta es una de las razones que han hecho necesario el procedimiento legislativo democrático: el consenso sobre valores, que es suficiente para justificar las intrusiones estatales, y por ello deben ser establecidas

155. Silva Sánchez, Jesús María, "Hacia el derecho penal del estado de la prevención" en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 307/314. Señala que el Estado recupera en la actividad económica su poder de policía ampliado, ya que se pasa de una economía dirigida a una controlada y en la sociedad se admite la toma de riesgo para bienes personales o patrimoniales y que debe ser reforzada cognitivamente.

156. Abanto Vázquez, Manuel A., "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", ob. cit., ps. 34/36.

157. Abanto Vázquez, Manuel A., "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", ob. cit., ps. 37/38.

158. Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, ob. cit., ps. 97/99.

159. Abanto Vázquez, Manuel A., "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", ob. cit., ps. 40/41.

160. Amelung, Knut, "El concepto Bien Jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en *La teoría del bien jurídico*, Roland Hefeldehl (ED), ob. cit., ps. 228/263.

mediante un procedimiento. Los bienes deben ser descriptos como objetos positivamente valorados.

Recién Welzel aporta claridad al llamar bien jurídico al objeto del desvalor de resultado. De modo que el bien jurídico sería el objeto protegido por la norma de conducta como, por ejemplo, la vida humana, protegida mediante el mandato no debes matar. Pero este concepto también es posible ser utilizado para los conjuntos de normas de conducta que rigen en determinados ámbitos sociales, esto es para instituciones como la propiedad, el Estado y la familia.

El concepto de bien jurídico, entendido como objeto de protección de la norma de conducta que puede inferirse del derecho positivo, es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico penal. El postulado de que las normas de conducta penalmente protegidas siempre deben proteger un objeto detrás de ellas, exigen que tales normas tengan una utilidad que vayan más allá del mantenimiento de su vigencia fáctica. Al arbitrio del legislador se ha de dejar en qué ha de consistir esa utilidad. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe a ésta como un deterioro de objetos, sino que retoma la idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana, por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta.

Se ha acrecentado en estos años la crítica a la función delimitadora del derecho penal del bien jurídico como consecuencia de la lucha del terrorismo internacional y del crimen organizado, transformando la seguridad en un concepto clave de las sociedades occidentales, lo que lleva a que el Estado intervenga en forma proactiva, utilizando formulaciones y estructuras de bienes jurídicos vagas que permiten extremos de punibilidad inconvenientes¹⁶¹.

La tutela del bien jurídico se vuelve objeto de intercambio político, ya que la responsabilidad penal es asignada por el Estado, lleva a que los delitos

devengan en ilícitos de transgresión y se estructura sobre un complejo sistema de prescripciones técnicas que se transforma en un orden público tecnológico destinado a organizar sectores particulares de su actividad, en tanto y en cuanto que reclaman la defensa de sus bienes creados artificialmente. Esto lleva a que se tengan normas de organización en las cuales las normas penales han de sancionar su inobservancia en la que la efectiva tutela se encuentra ausente. La integridad del bien ya no es más un resultado a garantizar, sino más bien un objetivo a alcanzar¹⁶².

Tanto Roxin, Jakobs y Hassemer confirman sus posiciones. El primero señala que bajo el concepto de bien jurídico han de comprenderse todas las circunstancias o finalidades necesarias para el libre desarrollo de los individuos, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esas finalidades. El segundo, reafirma su posición en cuanto el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. Por último, el tercero, observa la íntima conexión entre la protección penal de bienes jurídicos y la constitución. Por ello se afirma que el bien jurídico tiene un largo aliento y potencial crítico.

¿Cómo lo dicho ha influido en la determinación de las conductas antijurídicas aduaneras?

Aquí ha existido una evolución del sistema jurídico que llevó a que se discutiera si eran simples sanciones administrativas o infracciones de naturaleza penal y, a su vez, cómo se las distinguía de los delitos aduaneros¹⁶³.

Pareciera que la existencia de regímenes sancionadores obedece al carácter tutelar que deviene fuertemente del derecho penal. Es decir, que se ha de buscar la protección de bienes jurídicos, para lo cual la garantía del respeto que esta rama del derecho comporta debe estar sustentada por criterios filosóficos que, en definitiva, permitirán al dogmático enjuiciar si las proposiciones del derecho vigente

161. Hefendehl, Roland, en "De largo aliento: el concepto de bien jurídico", en *La teoría del bien jurídico*, Roland Hefendehl (ED), ob. cit., ps. 459/475.

162. Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, ob. cit., ps. 52, 68/71.

163. Aláís, Horacio Félix, *Régimen infraccional aduanero*, Marcial Pons, Bs. As., 2011, ps. 15/22.

son compatibles con los presupuestos naturales del orden social y las ideas valorativas rectoras de la ética social¹⁶⁴.

Por consiguiente, tanto las infracciones tributarias como las aduaneras, a pesar de ser de neto corte administrativo, no cabe duda de que tienen una naturaleza jurídica penal, existiendo, una identidad sustancial, ontológica, entre las infracciones y los delitos. Las diferencias entre ambas son cuantitativas y no cualitativas, puramente formales, fundadas exclusivamente en valoraciones político-sociales, estribando estas diferencias, básicamente, en el hecho de que la aplicación de las sanciones previstas para cada una de éstas se llevará a cabo por órganos diferentes, actuando diferentes procedimientos: administrativo para las infracciones y jurisdiccionales para los delitos¹⁶⁵. La distinción ha de estar impuesta por la propia ley, y el criterio diferenciador es una caracterización normativa¹⁶⁶.

La concepción de establecer qué figuras van a estar previstas como delito y cuáles como infracciones, y qué actos u omisiones serán los reprochados, ha de quedar sometida a una decisión exclusiva del legislador, en orden a determinar, según el criterio que considere más oportuno, prudente o adecuado para una época y circunstancias en que

le toque actuar. Razón por la cual, se observa un criterio cualitativo para preservar el control aduanero, según sea el mayor o menor grado de afectación con que, en definitiva, perjudique el bien jurídico tutelado¹⁶⁷.

Sin embargo, en el derecho penal común, que tipifica delitos, y se les asigna penas a determinados hechos ilícitos, se reconoce y desplaza un derecho penal contravencional, en donde los ataques a los bienes jurídicos no aparecen como tan graves o peligrosos. De suerte tal que estas faltas o contravenciones se han erigido siempre como entidades jurídicas existentes en forma paralela al delito, sin confundirse con él¹⁶⁸.

Una línea doctrinaria opuesta a la anterior sostiene que entre el delito y la falta, o contravención, hay una diferencia esencial: por el delito se ratifica el deber del individuo de respetar a los demás en el goce de los deberes jurídicos; mientras que en las faltas o contravenciones se ratifica el deber impuesto a los individuos por la “legislación que regula la actividad administrativa estatal” y, por lo tanto, las leyes contravencionales tienden a obtener de los individuos la cooperación respecto de la acción administradora de la autoridad en materias de interés común, como el caso de servicios, higiene, etc.¹⁶⁹.

164. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., p. 131. Aquí el autor cita expresamente a Jescheck, Hans Henrich, en *Tratado de Derecho Penal*, ps. 37 y 38, que da cuenta que el estudio de política criminal tampoco puede prescindir de la ayuda de la filosofía del derecho, porque esta le indica dónde deben estar las restricciones que el estado de derecho y la dignidad humana imponen a la lucha contra la delincuencia. Yacobucci concluye en que se libera a la dogmática jurídico-penal del positivismo y le permite hallar la necesaria síntesis en la que concuerden el derecho positivo como tal, siempre inevitablemente imperfecto, y la idea del derecho correcto.

165. Alonso Madrigal, Francisco J., *Legalidad de la Infracción Tributaria*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1999, ps. 28/29. También señala García Pullés, F., “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte”, *Jurisprudencia Argentina 2006-III*, Buenos Aires, 2006, p. 1206 y siguientes, que parece incuestionable que la calificación de una conducta como delito y la amenaza de una pena —generalmente privativa de la libertad— se presenta como la máxima reacción del sistema, en procura de la defensa de los más altos valores, pero también lo es que existen otras que no pueden dejar de considerarse. En esta misma línea Altamirano, Alejandro, *Derecho Tributario, Teoría General*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, ps. 677/679. También Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale Parte Generale, Quarta edizione*, CEDAM, Milán, 2001, ps. 1001/1016.

166. Edwards, Carlos E., *Régimen penal y procesal penal aduanero*, Astrea, Bs. As., 1995, p. 3.

167. Vidal Albarracín, H. Guillermo, “Los delitos aduaneros, necesidad de su reforma”, *El Derecho*, Buenos Aires, 27 enero 1995. Comparte esta postura doctrinaria Bonzón Rafart, Juan Carlos, en “Diferencias entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario”, *El Derecho*, t. 167, Buenos Aires, p. 1061 y siguientes, cuando señala que se comparte el criterio de que tanto el contrabando como las figuras infraccionales tienen por bien jurídico el debido control aduanero.

168. Creus, Carlos, *Derecho Penal parte General*, 4ª Edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 18. Aquí el autor señala que en la Argentina el formador de esta línea de pensamiento fue Soler, lo cual implicaba que el derecho contravencional lo obligaba a observar todos los principios consagrados legalmente para el derecho penal común, particularmente los que contienen las garantías del individuo y sobre todo el límite constitucional del *ius puniendi*.

169. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., ps. 19 y 20. En este punto particular, se informa como seguidor de esta línea a Núñez, quien sigue la evolución del Derecho Penal liberal, derivado de lo expuesto por Carmignani y Carrara, que a su vez señalaban que el delito ataca al derecho natural, mientras que la contravención sólo significa una transgresión al derecho penal “legal”, cuyas leyes atienden a la prosperidad y al bienestar de la sociedad. A James Goldschmidt se le reconoce como el autor que marca la diferencia entre el

Barreira y Vidal Albarracín¹⁷⁰, observan también la visión de este tema según las dos posturas doctrinarias ya indicadas. Señalan que una corriente de pensamiento jurídico sostiene que serán delitos aquellas acciones u omisiones que violan principios éticos universales, mientras que las contravenciones quedan cuando sólo se ponen en peligro el orden social. Pero esta distinción no les resulta satisfactoria, por su amplitud, respecto del segundo grupo, también se pueden estructurar o crear delitos. De igual modo, tampoco les satisface el criterio diferenciador sustentado sobre la consideración de que los delitos constituyen una agresión directa e inmediata a los bienes jurídicos tutelados, y que las contravenciones quedarían reservadas para aquellas acciones u omisiones, que si bien no constituyen un daño o peligro actual o concreto para estos bienes, son capaces de producir las condiciones para que ese daño o peligro pueda acontecer, o para que pueda obstaculizar el progreso o el desarrollo de dichos bienes.

La doctrina española ha expuesto que es una opinión dominante considerar que no es posible hallar un bien jurídico común a todas las modalidades delictivas del comercio exterior, y que, por lo tanto, el objeto de la tutela deberá determinarse en concreto, a la vista de cada una de las conductas que se tipifican. La nota común a todas las infracciones y el contrabando consistirá en el vulnerar el control que desarrolla la autoridad aduanera respecto de las mercancías que están afectadas al tráfico internacional. Pero dejan en claro que esto es un modo instrumental de describir diversos comportamientos típicos, los cuales están dirigi-

dos a proteger una serie de intereses que son los que constituyen los auténticos bienes jurídicos del delito o de la infracción: el erario público, intereses de política comercial, la protección de un monopolio comercial específico, el patrimonio histórico artístico, la fauna y la flora, la salud pública, el orden público, la seguridad nacional. En suma, concluyen, que cada figura delictiva vulnera un bien jurídico distinto en sentido técnico, sin que quepa afirmar, por ello, que se está en presencia de figuras pluriofensivas, en su sentido riguroso¹⁷¹.

Por las características señaladas, se conciben conductas en las que la ofensa y la causalidad se desdibujan afectando el evento lesivo y la verificación de la peligrosidad objetiva. De modo que se pena la inobservancia de la norma primando el peligro abstracto o presunto, por lo que el control monopólico del Estado y su gestión administrativa sobre el bien jurídico transforman al delito en un ilícito de mera transgresión¹⁷².

Esto conduce a que el bien jurídico que subyace en los delitos e infracciones aduaneras debe ser concebido a partir del concepto de la actividad esencial que realiza la aduana, teniendo en consideración las corrientes actuales que se ha desarrollado acerca del concepto bien jurídico. Pero hay que tener en cuenta que en esta materia existe un triple bien jurídico afectado como es la pérdida y afectación del tesoro por los tributos no recaudados, el perjuicio local de las actividades productivas que se perjudican con el producto del ilícito aduanero, y finalmente la afectación a la economía nacional¹⁷³.

derecho penal justicial y del derecho penal administrativo. Sostiene que uno es protector de los bienes jurídicos del individuo y la sociedad mediante la legislación de los delitos, en cambio, el otro, de la actividad administrativa estatal que tiende a la promoción del bien público legislando sobre las contravenciones. Esta postura, sin embargo, no es compartida por Levene (h), Ricardo, en *Introducción al Derecho Contravencional*, Depalma, Buenos Aires, 1968, ps. 36/37, ya que considera que no existe una diferencia cualitativa sino tan solo cuantitativa entre delito y contravención, y que en esta se reproduce en pequeño todas las características de aquel.

170. Barreira, Enrique C., y Vidal Albarracín, Héctor G., "La responsabilidad en las infracciones aduaneras", *La Ley, Sección Doctrina*, t. 1989-A, Buenos Aires, 1989, ps. 932/933.

171. Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 553/554. Aquí el autor cita las posiciones de los autores Muñoz Merino, *El delito de contrabando*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 123, y Nieto, Martín, *Delitos comunitarios*, Barcelona, 1996, p. 395.

Si bien en un contexto normativo superado, resulta interesante ver la obra de Montini, Domenico, *La legge doganale commentata. Titolo IX: Dei reati doganali, del contrabbando, delle contravvenzioni, disposizioni comuni al contrabbando ed alle contravvenzioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1940, ps. 247/255, que se plantean las mismas situaciones respecto del delito y las infracciones aduaneras en donde se analizan los criterios diferenciadores, el principio de buena fe y voluntariedad del acto y, finalmente, la temática de la culpa.

172. Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, ob. cit., ps. 74. Aquí el dolo y la culpa se funden y la ofensa como lesión efectiva o puesta en peligro concreto no juega ningún papel.

173. Romero Escabias de Carvajal, José Antonio, en "Problemática jurídico-penal de la Ley de Contrabando de 1995", en *Delitos contra*

Las conductas antijurídicas aduaneras, tanto los delitos como las infracciones, están concebidas como figuras que de alguna manera afectan el control aduanero y que ha llevado a que se considere que no existen entre estos campos diferencias ontológicas y que, en todo caso, su diferenciación está dada por el grado de afectación a esa función, conforme la visión o valoración que ha realizado el legislador¹⁷⁴.

Pero la función del control como elemento a tutelar es un concepto sumamente amplio en orden a que no guarda precisiones, y conforme a lo ya analizado, el bien jurídico debe ser abordado como un elemento destinado a limitar el *ius puniendi* estatal. Esta disyuntiva, propia del derecho penal económico, donde se involucran a los ilícitos aduaneros, lleva a que, por un lado, se busque garantizar el funcionamiento de instituciones pero que ya cuentan con tutela desde el derecho administrativo y, por el otro, trata de dotarlo con figuras de diversa magnitud sancionatoria dentro del campo penal.

La vaguedad del bien jurídico tutelado en la función de la aduana debería ser reducido, en el campo infraccional, a un contexto de normas moderadas —en cuanto a su estructura— con cierto grado de objetividad en cuanto a las mercaderías involucradas, atento a los fines de tutela del sistema social.¹⁷⁵

No debe dejar de advertirse que la cuestión aduanera se encuentra sumamente influenciada por un sistema normativo de contenido económico, por un lado, y de tutela social —prohibiciones— que cuentan con un grado de variabilidad importante —el contenido económico—, y cierto grado de permanencia —las prohibiciones absolutas—. A modo de ejemplos se pueden citar el tráfico internacional de las drogas y estupefacientes en cualquier estado de elaboración —conforme a

los listados elaborados por los organismos internacionales competentes—, tabacos, alcoholes de todo tipo, armas y municiones, material nuclear, elementos de alta tecnología que se encuentren regulados, obras de arte, desperdicios o materiales contaminantes, todos los elementos arqueológicos, paleontológicos o históricos que hacen al acervo cultural de un país, dinero y sus equivalentes —metales preciosos—, y finalmente todo aquello que ponga en riesgo la protección de especies animales y vegetales que están en vías de extinción y que requieren una tutela particular.

La lista es ejemplificativa, pero lo suficientemente comprensiva de aquellas mercaderías que en general se encuentran incluidas en las listas de prohibiciones absolutas, es decir que no tienen excepción alguna y donde el principio de legalidad aparece como indispensable.

Ahora bien, en materia de delitos aduaneros, deben ser estructurados partiendo de tutelar el control, pero en orden a la afectación del régimen de prohibiciones absolutas, en donde además de dar certeza a la actividad del control, publicita a la sociedad el ámbito de aplicación y alcance de la norma punitiva. Aquí debería elaborarse la norma en un sistema de sanciones gravísimas.

Pero la afectación del control debe ser limitada a la función propia y específica de la función aduanera, no admitiéndose las delegadas por otros sistemas jurídicos¹⁷⁶.

La ventaja que tiene esta estructura legal es que, conforme a los estándares modernos que en general aplican todas las aduanas, existe casi unanimidad en la determinación de las mercaderías que cuentan con un régimen de prohibición absoluta.

la salud pública y contrabando, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, ps. 295/296. Aquí concluye que es meramente una afectación económica y que se expande a la salud, defensa, flora y fauna, patrimonio histórico, tráfico de drogas y tabacos.

174. Vidal Albarracín, H. Guillermo, “Inexistencia de diferencias ontológicas entre los delitos y las infracciones aduaneras”, *La Ley*, t. 1993-E, 1993, p. 553 y ss.

175. Sobre este punto Vidal Albarracín, H. Guillermo, en “El bien jurídico tutelado como medio eficaz de armonización internacional de los ilícitos aduaneros”, ob. cit., p. 33 destaca que para preservar el principio de legalidad y de seguridad jurídica en el uso de los tipos penales en blanco o abiertos se debe precisar en forma clara el concepto de bien jurídico.

176. Ilustra Cotter, Juan Patricio, en *Derecho Aduanero*, T. III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 1503/1506, la evolución y discusión que se dio en este tema en orden a determinar el alcance del término control aduanero, y que llevara a que toda delegación de funciones a la aduana aun cuando correspondiera a otro sistema jurídico podía interpretarse que afectaba el control y, por consiguiente, se podía imputar la comisión del delito de contrabando. Esto finalmente fue interpretado en la Argentina por el fallo “Legumbres” (Fallos 312:1920) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que adoptó la posición restrictiva.

Al bien jurídico específicamente aduanero se unen otros bienes jurídicos que interactúan en conjunto y que acompañan a la función de control aduanero, como pueden ser la seguridad del Estado, las políticas internacionales implementadas, la salud pública, la conservación de los bienes y recursos naturales, y preservación del patrimonio cultural, etc.¹⁷⁷.

Esta manera de circunscribir el bien jurídico que tutela el delito de contrabando va a tener una mayor precisión y evitará todo tipo de interpretaciones en orden al alcance de determinar si ha existido o no el delito, por parte de los investigadores aduaneros como por parte de los jueces.

Por ello que, partiendo de la función esencial de la aduana, se puede afirmar que la burla del control ha de constituir el bien jurídico tutelado del delito de contrabando en orden a la fiscalización de las prohibiciones de importar y exportar y la percepción tributaria¹⁷⁸.

La descripción de la conducta típica en que ha de consistir formas de burla expresa del control aduanero, tanto en acto como en omisión, quedará librada a la mayor precisión que el legislador busque conforme a las características que resulten necesarias en cada país, pero siempre vinculada a la existencia de mercadería expresamente considerada como el objeto del contrabando¹⁷⁹.

La limitación que se recomienda —objeto— y la precisión de la conducta típica se justifica, ya que muchas veces se castiga la inobservancia de normas organizativas —el control aduanero— y no la realización de hechos socialmente dañosos. Tal planteo obedece en la puesta en práctica de la eficiencia del control, desde una visión desideologizada de la vida de relación, que comporta sacrificar la rígida

defensa de principios abstractos o de valores que trascienden el problema que se presenta en la resolución del caso concreto, todo lo cual se antepone a la coherencia del sistema. Por ello, en nombre de un exagerado pragmatismo eficientista se da crédito a una sinergia de elementos y perspectivas lejanos unos de otros. Ello se expresa en la subrepticia utilización de la intervención penal para la tutela de la funcionalidad de mecanismos de intervención de la administración pública, mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos. Ante la presencia de un ataque real y efectivo deberá presidir el tipo, abstracto o concreto, con el fin de conjurar de modo inmediato de meras violaciones de deberes¹⁸⁰.

Se puede concluir que en la búsqueda de tutela y eficiencia normativa del delito de contrabando, que la afectación del control deberá ser prevista, en la medida que siempre esté involucrada mercadería sobre la cual pesa una prohibición absoluta y, por ende, la norma así delineada resultaría adecuada al respeto de las garantías que deben prevalecer en el campo penal y se reserva la intervención del derecho penal para tutelar diversos bienes jurídicos que se afectan igualmente por la introducción o extracción de objetos disvaliosos.

En cuanto al sistema de infracciones o contravenciones ya ha sido debidamente analizado, aparece como una solución adecuada en miras a obtener el cumplimiento de los operadores involucrados en el comercio exterior, con una finalidad de facilitar la labor de control.

De nuevo se observa que el grado de afectación del control resulta menor que en el campo del delito y se encuentra más relacionado con la inobservancia de los reglamentos aduaneros. Si bien se puede

177. Renart García, Felipe, “Aspectos sustantivos del delito de contrabando de bienes culturales”, *Diario La Ley* (Madrid), Año XXII, N° 5427, 27/11/2001, p. 22. Aquí resalta que la existencia de un interés por parte del Estado dirigido a controlar el tráfico de mercancías ha constituido una realidad incuestionable y que ello obedece a intereses estatales diversos, desde el recaudatorio, el sanitario y el cultural.

178. D’Albora, Francisco J., “El delito de contrabando” en AA.VV., *Tratado de derecho penal especial*, E. Aftalión, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 195; Edwards, Carlos E., *Régimen penal y procesal penal aduaneros*, ob. cit., p. 9; Bonzón Rafart, Juan Carlos, “Debido control aduanero: bien jurídico protegido. Importante fallo de la Corte Suprema sobre el tema”, *El Derecho* t. 179, Buenos Aires, p. 450; Arocena, Gustavo A., “Contrabando”, *Parte General del Derecho Penal Económico*, www.ciidpe.com.ar, 30/10/14.

179. Se podrá precisar: la clandestinidad de la burla, falsificación de documentación, intervención de distinta cantidad de sujetos, participación de funcionarios aduaneros y públicos en ocasión de sus funciones, utilización de ciertos medios de transporte, ciertas formas de ocultamiento, en fin, toda clase de precisiones tendientes a asegurar el concepto de afectación del control y el establecimiento de situaciones que justifiquen un agravante de pena.

180. Moccia, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, en *Política Criminal y nuevo derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, ob. cit., ps. 115/116.

advertir que en forma colateral hay afectación de otros bienes jurídicos tutelados como puede ser salud, medio ambiente, derechos del consumidor, etc.

La dificultad que se puede presentar es que muchas veces por la mutabilidad de los reglamentos aduaneros, las listas de deberes a ser observados no tienen el debido conocimiento por parte de los operadores, corriéndose el riesgo de transformar al régimen infraccional en un sistema análogo al recaudatorio, lo que genera situaciones de injusticia y de desproporción entre la falta cometida y la multa aplicada.

La naturaleza penal de las infracciones aduaneras no es objeto de discusión, lo que lleva a que tengan que presentarse siempre todos los elementos propios que se derivan del derecho penal, admitiendo que se lo sub clasifique en lo que se llama derecho administrativo sancionador.

Pero en orden al bien jurídico que tutelan, han de estar circunscriptas al control aduanero, junto con la inobservancia de los reglamentos específicos —como puede ser los regímenes especiales de equipaje, envíos postales, etc.—, o aquellos vinculados con el proceso de aduanización de las mercaderías y que privilegian la correcta declaración en orden a la recaudación de los tributos a cargo de la aduana y el régimen de las demás prohibiciones que no sean de las denominadas absolutas.

Por lo tanto, conforme a la delimitación que se hace del delito de contrabando, y en la medida que efectivamente exista burla del control, pero no afectando a mercaderías no comprendidas por una prohibición absoluta, permitirá encuadrarlas dentro del régimen infraccional, que será pasible de una serie de penalidades conforme a la finalidad que se busca¹⁸¹.

En materia de los delitos aduaneros el ámbito subjetivo del accionar del sujeto activo siempre va a requerir la existencia del dolo. Mientras que en el ámbito de la infracción va a resultar indistinto el dolo o culpa, ya que lo que ha de interesar es la inobservancia del reglamento en forma objetiva, sin perjuicio que el ele-

mento subjetivo pueda ser tenido en cuenta en el contexto de la determinación del *quantum* de la pena¹⁸².

Esto no significa que por ello se adopte un criterio de imputación objetiva en el campo infraccional, ya que el operador tendrá todas las posibilidades argumentales consistentes en demostrar que ha obrado con apego a los reglamentos a su cargo, eximiéndoselo de responsabilidad como corolario de las garantías constitucionales sustantivas en materia de derecho penal aplicables en la materia.

VII. Las finalidades de las sanciones aduaneras

Cuando se analizó el bien jurídico en general, se lo hizo desde la perspectiva doctrinaria de establecer un límite al poder punitivo estatal, ya que no todas las conductas o afectaciones de bienes tienen que tener interés en el derecho penal.

El discurso legitimador debe ser construido en orden a la racionalidad de las penas —sanciones aduaneras— que dependerá de la coherencia del sistema a tutelar ya que en definitiva el derecho penal como fin último estará en proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de todos por igual.

En el campo de las infracciones ya se ha visto que, si bien son de naturaleza penal, no justifican, por el grado de afectación del control aduanero, la intervención del derecho penal propiamente dicho, sino que quedan dentro del esquema de análisis del derecho administrativo que se llama por algunos, sancionador.

Existen razones para mantener este sistema y que cada vez más es aceptado por los Estados en orden a obtener acatamiento por parte de los destinatarios.

En el derecho aduanero, el sistema presenta una dificultad adicional, que consiste en que el bien jurídico tutelado siempre ha de ser el mismo, tanto en los delitos como en las infracciones, y ha de girar en derre-

181. En este supuesto existe en forma culposa o dolosa la consecuencia de burla del control, pero sea la mercadería que sea -salvo la que se reserva para el delito de contrabando- tendrá un tratamiento infraccional, cuyas penas se graduarán conforme al monto involucrado, cantidades, tipo de mercadería y afectación de la renta del fisco. Esto en todo caso ha de depender de las particularidades que tenga cada país y conforme al desarrollo de la actividad económica marginal.

182. Medrano, Pablo H., *Delito de Contrabando y comercio exterior*; Lerner, Buenos Aires, 1991, ps. 104/105, Aquí se admite la posibilidad de existencia de dolo en materia infraccional.

dor de la burla o la afectación que se haga del control aduanero. En tal sentido, la concepción de establecer qué figuras van a estar previstas como delito y cuáles como infracciones, y qué actos u omisiones serán los reprochados, ha de quedar sometida a una decisión exclusiva del legislador, en orden a determinar, según el criterio que considere más oportuno, prudente o adecuado para una época y circunstancias en que le toque actuar. Razón por la cual, se observa un criterio cualitativo para preservar el control aduanero, según sea el mayor o menor grado de afectación con que, en definitiva, perjudique el bien jurídico tutelado¹⁸³.

La actividad aduanera implica el cumplimiento y observancia de reglamentos que se imponen para poder cumplir la labor sustantiva que es el control. Esta labor de control no es por el control mismo sino para realizar una labor específica que ha de girar en torno a la recaudación de los tributos que se le encomienden, y a fiscalizar el régimen de prohibiciones de carácter económica y no económicas.

En general el régimen infraccional va a estar estructurado y orientado a obtener el cumplimiento de los reglamentos y de esta manera garantizar la labor de control, que muchas veces descansa sobre un acto positivo del operador —como es el caso del despacho en confianza—. Por ese motivo y sin perjuicio que muchas situaciones que terminan en una imputación infraccional ha sido el fruto de condicionamientos externos que lleva a que no resulte penalizado el operador, lo que se busca que un plus en el accionar de éstos para no alterar el régimen de control.

Esto encuentra base en lo que modernamente se denomina en el derecho penal económico que los operadores se encuentran en una sociedad de riesgo y, por consiguiente, justifica el estado de prevención, vigilancia por parte de los organismos del Estado y la afectación de ella implica un criterio de imputación¹⁸⁴.

El incumplimiento sistemático de los reglamentos aduaneros lleva necesariamente a la afectación

de la labor de control y en consecuencia la estructura normativa se concibe sobre la finalidad señalada. Parte de la labor de la OMA y de su antecesora (Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas) tuvieron ese objetivo al recomendar y estructurar estándares normativos para facilitar el control y las operaciones comerciales internacionales.

Este es el motivo por el que se exige capacitación y profesionalismo en los operadores y en muchos sistemas aduaneros el control de la matrícula para actuar está en manos de los servicios aduaneros. De manera que no solo hay un control respecto del accionar efectivo, sino también en el contexto de cómo se brinda el servicio como si fuera un colegio profesional. Siguiendo a Roxin, como elemento que complementa al moderno derecho penal preventivo es no sólo generar la toma de conciencia de los operadores del correcto actuar, sino promover la capacitación en las actividades de riesgo.

El efecto disuasorio y la finalidad de prevención del delito tienen que estar presentes, ya que ésta actúa sobre el delincuente real o potencial, pero para que realmente opere éste debe conocer las consecuencias penales existentes y éstas se deben orientar a la efectiva afectación de las actividades ilícitas.

VIII. La magnitud de las penas y las sanciones aduaneras

Este tema se vincula íntimamente con el principio de proporcionalidad de las penas.

A mayor afectación de un bien jurídico en la medida que éste sea nuclear o central le corresponderá una pena mayor. Por el contrario, a menor afectación del bien jurídico corresponderá una pena menor.

El principio de proporcionalidad en la realidad jurídica penal es un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal en cuanto regula en forma prudencial el nivel de im-

183. Vidal Albarracín, H. Guillermo, “Los delitos aduaneros, necesidad de su reforma”, *El Derecho*, Buenos Aires, 27 enero 1995. Anteriormente, el mismo autor había explicitado, en esta misma línea, con motivo del debate organizado por la Sala de Estudios de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Colegio de Abogados de Córdoba, desarrollado los días 25 y 26 de agosto de 1994, en la ciudad de Córdoba, y que fueran publicadas en la obra *Derecho Aduanero. Conferencia, Debate*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1998, p. 116.

184. Silva Sánchez, Jesús María, en “Hacia el derecho penal del estado de la prevención” en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, ob. cit., ps. 313/314. En igual línea, Yacobucci, Guillermo J., “Algunos criterios de imputación penal en la empresa”, en *La responsabilidad penal de los órganos de empresa*, ob. cit., p. 405.

pacto de la potestad punitiva en la existencia social, por ello va a estar íntimamente ligado a las exigencias del bien común con la preservación de los ámbitos de la autonomía y el desarrollo individual de las personas. Por ello se lo considera como un principio derivado porque representan un criterio normativo de valoración acerca de la presencia y la injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana¹⁸⁵.

Es también un principio general del derecho, ya que informa a la totalidad del ordenamiento jurídico, cuya aplicación se circunscribe de manera principal a la materia represiva, dado que constituye uno de los principios constitucionales de garantía y, por lo tanto, se lo considera implícito en la noción misma del estado de derecho¹⁸⁶.

De los criterios de proporcionalidad se evidencian conceptos como última ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad.

Este principio reclama la existencia de una ley cuyas medidas restrictivas resulten adecuadas para los fines pretendidos, sean necesarias de conformidad con los niveles de actuación pública dentro de la sociedad civil y resulten fruto de una concreta ponderación de intereses públicos y privados prudencialmente armonizados¹⁸⁷.

Algunos autores han postulado en este campo un derecho penal de dos velocidades que reserva la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves y propongan enfrentar las infracciones más leves con otro tipo de penas y flexibilizando los criterios de imputación de responsabilidad penal¹⁸⁸.

Se puede abordar esta temática desde la perspectiva constitucional, ya que para que se admita la intervención estatal en forma legítima se requiere que haya una necesidad de afectación, idoneidad

para conseguir el objetivo y proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derecho y el beneficio social que de ella se obtiene. De esta forma se protege tanto a los ciudadanos de los delitos como a los delincuentes de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado¹⁸⁹.

De lo expuesto en orden a las magnitudes a aplicar a las conductas antijurídicas aduaneras éstas deben estar orientadas en los principios apuntados.

En la proporcionalidad de las sanciones a imponer debe estar presente el grado de afectación al control aduanero, que es el bien común, y atento a las pautas establecidas por los organismos internacionales competentes en la materia de comercio exterior, el principio de proporcionalidad de la pena tiene por función la de establecer un límite de la discrecionalidad de la autoridad aduanera en la imposición de sanciones y a desalentar al usuario para que reincida en la transgresión.¹⁹⁰

Las sanciones a aplicar en materia de delitos aduaneros son las más graves y se justifican por la repercusión y finalidad que busca disponer de penas privativas de libertad, además de penas pecuniarias e inhabilitaciones para el ejercicio de ciertas actividades vinculadas con el comercio exterior. Aquí se valora la peligrosidad y, en consecuencia, el grado de reproche social por los resultados que estas conductas generan, elemento que se potencia por el tipo de productos involucrados en el tráfico ilegal —drogas, armas, elementos contaminantes, etc.— y por la afectación del bien jurídico colectivo, además de la lesividad social que genera.

Es dable aplicar para estas conductas algunas penas de carácter accesorio, como puede ser el comiso del medio transportador, inhabilitaciones para actuar en el comercio en general y exterior etc.

185. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., p. 334.

186. Zornoza Pérez, J. J., *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 111.

187. Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ob. cit., p. 343.

188. Meini, Iván, "La pena: función y presupuestos", *Revista de la Facultad de Derecho N° 71*, PUCP, Perú, 2013, ps. 142/144. Aquí se sigue lo que sostiene Silva Sánchez, Jesús María, en *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires, 2006, ps. 178 y ss. Se sostiene igualmente que esto no implica prescindir de utilizar penas de distinta naturaleza y gravedad, conforme al principio de proporcionalidad en miras a la gravedad y naturaleza de la infracción.

189. Mir Puig, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, ob. cit., ps. 339/340.

190. Vidal Albarracín, H. Guillermo, "El principio de proporcionalidad de la pena en el ámbito aduanero internacional", *Revista de Estudios Aduaneros*, Segundo semestre de 2013, Segundo semestre 2015, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros N° 22, Buenos Aires, ps.

En síntesis, estas conductas por su gravedad deben contener sanciones importantes y eficaces tratando que el tipo penal no resulte inadecuado y que si bien debe contener una función simbólica en el medio debe generar la suficiente confianza en la sociedad que cumple luego la función preventiva¹⁹¹.

Para el resto de las conductas antijurídicas que se agrupan en lo que se denominan infracciones o contravenciones, si bien coinciden con el delito en que muestra un grado de peligrosidad del ataque del bien jurídico protegido o al interés administrativo, se debe ponderar en orden al grado del incumplimiento de los deberes a cargo del operador tengan que tener sanciones de carácter pecuniario y en algunos casos el comiso de la mercadería involucrada.

Las sanciones pueden incluir cualquier cosa que exija un costo para el ofensor. Por ello, se pueden identificar que el delincuente o infractor va a ser pasible de una privación económica en forma de multa o pérdida de bienes por incautación; pérdida de privilegios de variado tipo; penas privativas de libertad; y finalmente casi como una consecuencia la estigmatización social.

Bajo esta línea para los casos en que se afecta el control aduanero, pero respecto de aquellas mercaderías que no cuentan con una prohibición absoluta, debería aplicarse una pena pecuniaria que tenga como elemento determinante de la multa mínima, tomando como base el valor de la mercadería — que puede ser agravada conforme a determinadas circunstancias— y el comiso de los objetos involucrados. También correspondería en estos casos que se lleve un registro de infractores con el objeto de tener un elemento objetivo para graduar penas para el caso de reincidencia.

El fundamento de esta sanción importante estaría en el convencimiento que el carácter disuasorio del injusto aduanero es estrictamente económico y el infractor aplica la regla de costo beneficio y, se-

gún ello, es la medida del riesgo que asume¹⁹².

En los casos que exista un incumplimiento del régimen aduanero específico que implique un menor ingreso de tributos aduaneros, o cualquier tipo de perjuicio fiscal, debería aplicarse una multa equivalente a ese perjuicio, también se aplicaría para la inobservancia de regímenes especiales, como el caso de equipaje, envíos postales, etc., que deberían tener una multa acorde al régimen y a la mercadería involucrada.

Para los incumplimientos formales y simples inobservancias de forma, como de falta de información o colaboración con el servicio aduanero, deberían establecerse sanciones pecuniarias mínimas determinables como suma fija, o simple amonestación y días de suspensión en el pertinente registro del operador.

En todos esos supuestos, los tipos infraccionales con penas pecuniarias deberían contar con un mínimo y un máximo para poder facilitar su graduación, conforme a los antecedentes y circunstancias del caso.

Es recomendable establecer y mantener esquemas de auto denuncias o presentación espontánea por parte de los eventuales infractores en condiciones determinadas (por tiempo o previas a la iniciación de inspecciones o actos de control aduanero) que tengan por finalidad reconocer la infracción y obtener de esta manera una reducción sustantiva de la potencial multa y por lo tanto fomentar confianza en el sistema.

Por último, se concluye que con este tipo de clasificación de la magnitud de los delitos y de las infracciones se respeta el principio de proporcionalidad ya que guarda relación con el fin perseguido al tratarse de un medio idóneo para dar protección al bien jurídico que es el control aduanero, que se encuentra siempre por detrás de la figura penal, dando sentido, orientando a lo que debe ser respetado, y que en definitiva se busca que el operador cumpla.

201/202. Sobre el particular concluye que la proporcionalidad punitiva está en relación con el fin buscado —que la conducta prohibida no se vuelva a cometer— y para superar aspectos culturales, cabría dejar a que cada Estado interprete su alcance.

191. Arroyo Zapatero, Luis, “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal N° 1*, ob. cit., p. 4.

192. Señala Kennedy, David M., en, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 45/49 sobre la pregunta de ¿cómo piensan los criminales?, que conforme a lo que enseña la economía, el hombre hace elecciones racionales y estas son aquellas que maximizan beneficios. En materia criminal algunos lo han incorporado de tal manera a su vida cotidiana que lo asumen como un concepto de racionalidad subjetiva, en donde se incorpora el conocimiento de las penalidades y que el sistema funciona aplicándolas al que delinque.

