

LOS DELITOS ADUANEROS Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

SUMARIO

- I. Situación actual
- II. Cuestiones a tener en cuenta
- III. Cómo encarar una reforma de los delitos aduaneros
- IV. Consideraciones sobre la inclusión de los delitos aduaneros en el Código Penal.
 - a) No es un mandato constitucional
 - b) Estructura organizacional de la Aduana
 - c) El Código Aduanero y su función interpretativa
 - d) Legislación comparada
- V. Conclusión

I.- Situación actual

La complejidad del Derecho Aduanero, su tecnicismo y su estrecha vinculación con el comercio y transporte internacional determinaron que su regulación se integre con disposiciones del más diverso origen. A su vez, su carácter dinámico dio lugar a una auténtica proliferación de reformas legislativas. Todo ello hizo conveniente una tarea de sistematización que tuviera en cuenta las características del derecho aduanero, que se cumplió con el dictado del Código Aduanero¹. Este cuerpo, si bien contiene normas de base que armonizan la operativa y sus aspectos penales, es una ley especial, que se mueve dentro del marco del Código Penal², y que con algunas reformas parciales, rige desde hace más de treinta y seis años.

II.- Cuestiones a tener en cuenta

Está claro, que la transformación del comercio exterior plantea el desafío de modernizar criterios, acordes con ese objetivo. Ahora bien, ello requiere un análisis previo que permita restablecer lo bueno y modificar las fallas existentes, camino a una aduana moderna, transparente, ágil y eficaz. Si el bien jurídico a tutelar en los delitos aduaneros es el adecuado control sobre el tráfico internacional de mercadería, la facilitación de ese tráfico necesita de una aduana acorde con ese objetivo. Aquí juega un factor cultural. No basta invocar que se procura el libre comercio, hay que llevarlo a la práctica en el día a día, saber distinguir los límites del control, que no significa no permitir o prohibir. Las aduanas no se evalúan en función de los comisos o multas que aplican.

1. Ley 22.415, B.O. 22/3/81.

2. Código Aduanero, art. 861: "Siempre que no fueren expresa o tácitamente excluidas, son aplicables a esta Sección las disposiciones generales del Código Penal".

Código Penal, art. 4: "Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario".

Tal cómo destaco en mi reciente libro: “El Derecho Penal Aduanero”³, la ley no sólo debe buscar conciliar la facilitación del comercio internacional con el control eficaz, sino también que las sanciones sean proporcionales al hecho cometido, toda vez que el exceso de punición implica un abuso de autoridad.

El delito de contrabando es un delito en el que se afecta una de las tantas funciones que ejerce el Estado: la del control sobre el tráfico internacional de mercaderías, que ejerce a través de la DGA, a los fines de una correcta percepción de tributos y cumplimiento de las prohibiciones a la importación y exportación. Por ello, a la hora de legislar se debe tener en cuenta que hay otros delitos que atacan a otras funciones del Estado, que cumple mediante otros organismos: BCRA (cambiarías), DGI (impositivas) y el propio patrimonio público, que merecen ser analizadas a los efectos de delimitar con mayor precisión el bien jurídico a tutelar.

También, la DGA debe cumplir las recomendaciones que se establecen mediante acuerdos ratificados por nuestro país, en los acuerdos internacionales. Pues bien, tanto la OMA como la OMC en su objetivo de facilitación del comercio internacional dictan recomendaciones, directrices, opiniones e instrucciones que deben ser acatadas por los países miembros. No obstante, nuestro país ha excedido tal mandato y con excusas ha dictado normas que constituyen verdaderas restricciones al comercio internacional, que afectan el derecho de los operadores a su libertad de comerciar. Es fundamental entender que el operador de comercio internacional puede recurrir a todas las modalidades lícitas que le permitan mejorar su ecuación comercial, económica y financiera. El Estado deberá legislar de manera de captar y regular aquellas prácticas que lo puedan afectar, pero no utilizar el derecho penal para su eliminación.

Así, la labor legislativa debe conocer el comercio internacional, las necesidades de los operadores y diferenciarlas de las manipulaciones fraudulentas.

Adviértase que distintas modalidades o expresiones, que son usuales en el comercio internacional, como: “grupo económico”, “triangulación”, *trader*, “subvaluación”, equivocadamente se les da

una connotación sospechosa, como si dichos términos encerraran en sí mismos un alcance ilícito.

Por el contrario, normalmente las importaciones y exportaciones se canalizan a través de firmas comercializadoras internacionales, vinculadas o no al exportador, con trayectoria y recursos para: (a) manejar los riesgos emergentes del comercio internacional; (b) operar los fletes marítimos y demás procesos de logística en destino; y (c) asegurar la financiación y el pago puntual al exportador y otorgar crédito a los importadores o consumidores finales.

Otro tanto ocurre en relación con el complejo tema del “valor en aduana”. Es válido comprar o vender barato, en la medida que la operación sea real y no ficticia o simulada. Subvaluación no es igual a subfacturación. Como se advierte, la complejidad y tecnicismo del tema amerita no proceder apresuradamente. En el camino hacia el delito no se deben saltar etapas.

Otra cuestión que reclama su atención es analizar si cabe la elusión en materia de contrabando. El tratamiento normativo del delito de contrabando ha tenido en la mira la regulación de los delitos penales tributarios. Así, en ambos se contemplan en paralelo infracciones administrativas que resultan conflictivas con supuestos delictivos. Pues bien, la elusión que tiene un lugar al momento de estudiar el delito de evasión merece ser analizada en el ámbito aduanero.

Así también interesa comentar la tendencia actual a responsabilizar penalmente a la persona jurídica y la política de los *compliances officer*. En virtud de compromisos internacionales asumidos en materia de lucha contra la corrupción, el Poder Ejecutivo Nacional elaboró un proyecto legislativo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo de interés el debate sobre su alcance, que culminó en la Ley 27.401 (B.O. 1/12/17), modificatoria del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación. Por otra parte, merecen comentarse las recientes modificaciones en el tráfico ilegítimo de estupefacientes (ley 27.302), su incidencia en el contrabando de drogas, la figura del arrepentido (ley 27.304), las nuevas técnicas de investigación de delitos complejos: entrega vigilada, agente encubierto, revelador, prórroga de jurisdicción (ley 27.319). Todo ello requiere una adaptación a la materia aduanera.

3. Derecho Penal Aduanero, Editorial Didot, 2018.

Asimismo, la tendencia actual recaudatoria muestra una contradicción con la anterior expansión del derecho penal, producida por la respuesta punitiva a las distintas manifestaciones de los delitos económicos. Así, cabe considerar el impacto de la Ley de Sinceraamiento Fiscal, que contempló el Blanqueo y la Moratoria Fiscal (27.260), respecto de los delitos aduaneros con investigación en trámite y su jurisprudencia, y de la ley 27.430 (29/12/17), denominada “Reforma Fiscal”, modificatoria del Código Aduanero.

Dado que el contrabando es un delito de doble cara, interesa regular aquellos supuestos en los que sus efectos impactan en más de una aduana.

Por todo ello, me inclino en favor de una reforma de los delitos aduaneros.

III.- Cómo encarar una reforma de los delitos aduaneros

Ahora bien, la reforma deberá conservar la regulación de la materia aduanera en forma armónica y sistemática, a los fines de la interpretación legal. No es la oportunidad de analizar cada una de las numerosas escuelas, teorías o métodos que abordan el tema de la interpretación del derecho. Es sabido las consecuencias negativas que acarrea un enfoque aislado de las normas aduaneras.

Como vimos, una correcta interpretación de las disposiciones legales no sólo demostrará que la ilegalidad no está en su redacción, sino que constituirá el mejor freno a los excesos que pretenden ampararse en ellas. Es así que la delicada tarea de interpretar la ley adquiere en esta materia su mayor relevancia, pues sólo a través de la relación de las normas con el sistema se puede obtener un justo equilibrio entre la dinámica y la legalidad que su eficacia requiere.

No olvidemos que: “No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente, ni perjudicarlo, sino desentrañar el verdadero sentido de la ley”.

En la legislación comparada, algunos países regulan el delito de contrabando en el Código Penal y otros en leyes especiales. Lo importante es que haya un texto ordenador, que contemple esa relación e integración.

Con independencia del lugar donde se lo regula, no se advierte en la legislación comparada que haya una sistematización o armonización con los otros ilícitos aduaneros, aunque el núcleo del delito con-

siste en “eludir o engañar al servicio aduanero en su función principal de control sobre las importaciones y las exportaciones”.

En conclusión, pareciera conveniente estudiar una reforma de los delitos aduaneros y resta resolver si es conveniente incluirlos en el Código Penal, o bien mantener su regulación en una ley especial.

Mediante el Decreto 103/17, se formó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos una comisión a los fines de la elaboración del Proyecto de un nuevo Código, que recientemente fuera presentado al Congreso, en el que se incluyen los delitos aduaneros comprendidos en la ley, denominada “Código Aduanero”.

Es sabido que la posibilidad de alcanzar un adecuado conocimiento de la ley por parte de los ciudadanos es, desde antiguo, exigencia elemental del Estado de Derecho. Ahora bien, no obstante que la multiplicidad de leyes penales especiales y la exigencia de “certeza” lo aconsejan, y es loable la pretensión de incluir la regulación de todos los delitos existentes en leyes especiales en nuestro derecho positivo, también cabe destacar que se debe ser muy cautos ante un cambio normativo tan ambicioso, ya que un apresuramiento podría generar impunidad o un tratamiento inadecuado de la ley penal más benigna.

IV.- Consideraciones sobre la inclusión de los delitos aduaneros en el Código Penal.

a) No es un mandato constitucional

En primer lugar cabe aclarar que la codificación de los delitos aduaneros en el Código Penal no se trata de un mandato constitucional. Si bien la Constitución, desde su versión original en el inciso 12 del art. 75 (antiguo inciso 11 del art. 67), manda al Congreso Nacional dictar el Código Penal, la reforma de 1994 habilita “cuerpos unificados o separados” en el sentido de legislar la materia penal de manera armoniosa y sistemática, ya que admite cuerpos “unificados o separados”. Pues bien, la ley 22.415 justamente se trata de un cuerpo separado, que por su sistematización y armonía se denomina “código”

b) Estructura organizacional de la Aduana

Tal como señalé precedentemente, la complejidad y tecnicismo del tema amerita no proceder

apresuradamente. En el camino hacia el delito no se deben saltar etapas.

Se advierte, pues, que la evolución del comercio internacional impacta en la normativa, generando brechas que hacen necesaria no solo la labor doctrinaria, sino una aduana moderna y eficiente.

Al inicio se perfilaban dos concepciones: la DGI como organismo recaudador y la DGA como ente fiscalizador y ejecutor de la política económica nacional.

Es una realidad que nuestra aduana, a través del Decreto 618/97, perdió su autarquía y con ella su centenaria jerarquía. La creación de la AFIP centralizó la ejecución de la política tributaria y aduanera de la nación. El Administrador Federal es designado por el PEN, a propuesta de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con rango de Secretario.

La idea de centralización inicialmente obedeció a fines administrativo/presupuestario, para pasar a un modelo de agencia única con orientación fiscal. Responde a una nueva visión funcional de planeamiento de lo aduanero y tributario, con antecedentes en Dinamarca, España, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Brasil, Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela, entre otros países.

De tal manera, si se desea jerarquizar a la Aduana, más que suprimir la centralización en la AFIP, que es una cuestión muy controvertida, se puede procurar que retome a su autonomía funcional y recupere las facultades que le fueron suprimidas.

c) El Código Aduanero y su función interpretativa

Por último, hay que resaltar la importancia del Código Aduanero como cuerpo normativo armónico y sistemático, comprensivo de toda la materia aduanera, a los fines de la interpretación legal. No es la oportunidad de analizar cada una de las numerosas escuelas, teorías o métodos que abordan este tema de la interpretación del derecho. Por el contrario, la finalidad perseguida es alertar sobre las consecuencias negativas que acarrea un enfoque aislado de las normas aduaneras, destacar la relevancia que presenta en esta materia el análisis sistemático y ponderar la utilidad que a este fin tiene el contar con un cuerpo orgánico como es el Código Aduanero.

Cabe advertir que de un tiempo a esta parte muchas actitudes o procedimientos aduaneros, que podríamos calificar de muy duros o abusivos, pretenden escudarse en la letra de disposiciones de la nueva legislación.

Existe el preconceito que el Código Aduanero es más rigorista que el régimen anterior, incluso que en la regulación del contrabando, delito eje de la materia penal aduanera, se vulneran garantías individuales. Desde una óptica opuesta, se le atribuye a la normativa la falta de condenas en orden a delitos aduaneros.

Ya la existencia de dos posiciones tan extremas nos dicen de su falta de fundamentación. Se trata de una crítica fácil, motivada en un desconocimiento de la materia o bien en un desgano interpretativo. Sea cual fuese la razón, el resultado es que crea un escepticismo sobre la injusticia de la ley que redundará en contra de su eficacia.

Como vimos, una correcta interpretación de las disposiciones legales no solo demostrará que la ilegalidad no está en su redacción, sino que constituirá el mejor freno a los excesos que pretenden ampararse en ellas. Es así que la delicada tarea de interpretar la ley adquiere en esta materia su mayor relevancia, pues sólo a través de la relación de las normas con el sistema se puede obtener un justo equilibrio entre la dinámica y la legalidad que su eficacia requiere.

No olvidemos que: “No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente, ni perjudicarlo, sino desentrañar el verdadero sentido de la ley”.

No corresponde desarrollar aquí los problemas que se suscitarían con la inclusión de los delitos aduaneros en el Código Penal

d) Legislación comparada

En la legislación comparada, algunos países regulan el delito de contrabando en el Código Penal y otros en leyes especiales. Lo importante es que haya un texto ordenador, que contemple esa relación e integración.

Con independencia del lugar donde se lo regula, no se advierte en la legislación comparada que haya una sistematización o armonización con los otros ilícitos aduaneros, aunque el núcleo del delito consiste en “eludir o engañar al servicio aduanero en su función principal de control sobre las importaciones y las exportaciones”.

V.- Conclusión.-

Si bien participo de la idea de una reforma a la ley aduanera, entiendo que por las razones expuestas se justifica el mantenimiento de los delitos aduaneros en una ley especial.