

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL ÁMBITO ADUANERO INTERNACIONAL (*)

POR HÉCTOR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN

SUMARIO

1. Introducción.
2. La transparencia. La publicidad y previsibilidad de las sanciones.
3. Las cuestiones penales en el ámbito internacional.
 - 3.1. Impedimentos.
4. El principio de proporcionalidad punitiva.
 - 4.1. Su desarrollo histórico.
 - 4.2. Caminos para establecer un concepto universal de proporcionalidad.
 - 4.3. La categorización como método para medir la proporcionalidad.
 - 4.4. Aprovechamiento del camino andado.
 - 4.5. La función esencial de las aduanas: el control aduanero.
 - 4.5.1. Aspecto doctrinario.
 - 4.5.2. Los organismos internacionales. Su tratamiento.
 - 4.5.3. Bien común al comercio internacional de mercaderías.
 - 4.6. Formas en que se puede atacar el control aduanero.
 - 4.7. El principio de proporcionalidad punitiva en los organismos Internacionales.
 - 4.8. Proporcionalidad con el fin perseguido.
5. Ponencia.

(*) Este trabajo fue presentado para su publicación por la Academia Internacional de Derecho Aduanero y se publica en esta revista con la previa conformidad otorgada por la misma.

1.- Introducción

La Convención para la Simplificación y la Armonización de los Regímenes Aduaneros elaborada y aprobada en 1973 en la ciudad de Kyoto, denominada usualmente “Convención de Kyoto”, fue reemplazada por la Convención elaborada en Bruselas el 26 de junio de 1999, que se considera su versión revisada. Esta nueva Convención está constituida por el “Cuerpo de la Convención”, por un Anexo General¹ – que constituye una novedad- y por Anexos específicos², donde se contemplan las instituciones y los regímenes aduaneros.

Del Acuerdo de Marrakech, que tuvo lugar el 15 de abril de 1994, surgió la creación de la Organización Mundial del Comercio, que comenzó a funcionar a partir del 1° de enero de 1995. El Art. II titulado “Ámbito de la OMC”, precisa que: “1. La OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. 2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante ‘Acuerdos Comerciales Multilaterales’) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros. 3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante ‘Acuerdos Comerciales Plurilaterales’) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado. 4. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado

en adelante ‘GATT de 1994’) es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30/10/1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante ‘GATT de 1947’).”

Por otra parte, la Conferencia Ministerial es el órgano máximo de la OMC, y se integra con los Ministros de Economía de los países Miembros, que hoy ascienden a 161, los que se reúnen periódicamente.

La Primera Conferencia Ministerial tuvo lugar en Singapur, del 9 al 13 de diciembre de 1996. En su programa de trabajo se fijó una agenda de asuntos a tratar, denominados los “temas de Singapur”.

Ellos consistían en la “vinculación del comercio con las inversiones”, la “conurrencia”, las “compras públicas” y la “facilitación del comercio”.

La Segunda Conferencia Ministerial se celebró en Ginebra, del 18 al 20 de mayo de 1998.

La Tercera Conferencia Ministerial tuvo lugar en Seattle, del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999.

La Cuarta Conferencia Ministerial se desarrolló en Doha (Emirato de Qatar), del 9 al 14 de noviembre del 2001. En esta Conferencia tuvo lugar la Convocatoria a la Novena Ronda, la “Ronda del Desarrollo”, que sigue su curso sin lograr consenso entre los Miembros para una conclusión de esta Ronda.

La Quinta Conferencia Ministerial se reunió en Cancún, del 10 al 14 de septiembre del 2003.

La Sexta Conferencia Ministerial se celebró en Hong Kong, del 13 al 18 de diciembre del 2005.

1. En dicho anexo se tratan los siguientes temas: Principios generales; Definiciones; Derechos de aduana e impuestos (liquidación, recaudación, pago diferido y devolución); Establecimiento de garantías; Control aduanero; Uso de tecnologías de la información; Relación entre la aduana y los intermediarios; Disponibilidad de la información; Recursos o reclamaciones en materia aduanera.

Recientemente en Argentina por Ley 27.138, se aprobó el cuerpo de la Convención de Kyoto, con su Anexo General.

2. Los Anexos específicos se refieren a las siguientes materias: Llegada de mercancías y almacenamiento temporal; Importación (definitiva, reimportación en el mismo estado, admisión temporal); Exportación definitiva; Depósitos y Zonas Francas; Tránsito, transbordo y cabotaje; Perfeccionamiento activo y pasivo, reintegro (“drawback”) y transformación; Importación o internación temporal para reexportación en el mismo estado; Infracciones aduaneras; Procedimientos especiales (viajeros, tráfico postal, vehículos comerciales, provisiones y envíos de socorro); Origen de las mercancías (reglas, pruebas y control de las pruebas documentales).

La Séptima Conferencia Ministerial tuvo lugar en Ginebra, del 30 de noviembre al 2 de diciembre del 2009.

La Octava Conferencia Ministerial se reunió en Ginebra, del 15 al 17 de diciembre del 2011.

La Novena Conferencia Ministerial se desarrolló en Bali, del 3 al 6 de diciembre del 2013. En esta Conferencia se aprobó la Decisión Ministerial del 7 de diciembre de 2013, relativa al Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Pues bien, esta última concluyó con un acuerdo sobre un conjunto de cuestiones que apuntan a agilizar el comercio, dar a los países en desarrollo más opciones para garantizar la seguridad alimentaria, impulsar el comercio de los países menos adelantados y contribuir al desarrollo de manera más general. Contiene disposiciones para agilizar el movimiento, libramiento y despacho de las mercancías, incluidas las que están en tránsito- y establece medidas de cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras competentes en cuestiones relativas a la facilitación del comercio. Es el primer acuerdo global alcanzado por la OMC desde su fundación. En lo que aquí interesa, se contemplan algunas disposiciones referidas a las “sanciones”, estableciendo la publicación y disponibilidad de la información, para conocimiento de los gobiernos, los comerciantes y otras partes interesadas³. Más adelante, en el Punto 3 “Disciplinas en materia de sanciones”, ap.3.3 La sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida. Así también, se prevé que a quien se haya impuesto una sanción se le deberá dar una explicación por escrito (ap. 3.5). Por último, contempla como atenuante el poner en conocimiento voluntariamente (mejor espontáneamente) las circunstancias de una infracción antes que la administración de aduanas advierta la infracción.

Cabe detenernos aquí para destacar cual es la relación entre el aspecto punitivo y la facilitación del comercio internacional.

Se debe tener en cuenta, que la OMC ha sido concebida como escenario de encuentro de los gobiernos y no de los particulares, que establecen sus propias reglas de juego para facilitar el comercio internacional. No obstante, los particulares a través del sistema reciben derechos y obligaciones. Así los principios que rigen el comercio internacional y emanan de los Acuerdos de la OMC, están llamados a dotar al particular de ciertas garantías que le son inherentes al participar activamente del comercio exterior y que deben ser preservadas por la autoridad aduanera como directriz. “esto por cuanto la actividad aduanera tiene directa relación con la interacción de los Estados hacia el exterior, en lo que se refiere a uno de los elementos primordiales para la generación de bienestar social y crecimiento, cual es el comercio. Podría señalarse que esa fuente formal por excelencia de las normas aduaneras está dada por los acuerdos multilaterales suscritos al interior de la Organización Mundial de Comercio, OMC, en la medida que es ésta la única organización que rige el comercio mundial y cuyas normas ostentan supremacía frente a las de orden nacional”⁴. Es por ello que es importante conocer esa relación, y cómo la aplicación de los Acuerdos a nivel nacional en los países que han adherido a los mismos protege a los usuarios de las transgresiones. Dicho de otra forma, la actividad legislativa de comercio exterior que se dicta a nivel interno tiene que tener como marco vinculante los principios de la OMC.

2 .La transparencia. La publicidad y previsibilidad de las sanciones.

Uno de los pilares fundamentales del sistema multilateral de comercio consiste en la publicación de las normas aplicables. Esta transparencia, que debe darse a conocer pública y oportunamente, comprende tanto las normas comerciales como las sancionatorias.

En consonancia, el parágrafo 2 del Art. X del GATT dispone que las medidas restrictivas al comercio sólo pueden imponerse a los de-

3. Sección I Art. 1: Publicación y disponibilidad de la información. Punto 1 Publicación ap. g) las disposiciones sobre sanciones por infracción de las formalidades de importación, exportación o tránsito:

4. Hernández, Beatriz E., “La defensa del usuario aduanero frente a los nuevos riesgos a los que está expuesto”, 6ta Reunión Mundial de Derecho Aduanero. La actividad aduanera y los retos del futuro. Belo Horizonte 2010, 17 y 18 de agosto de 2010, p. 71.

más miembros a sus comerciantes si han sido publicadas oficialmente con carácter previo. Mientras ello no ocurra, tales medidas son inoponibles respecto de los Miembros⁵. En igual sentido, “desde el GATT de 1947, fue el querer de las partes que la protección a su comercio pudiera manifestarse de manera que todos los países conocieran el nivel real o verdadero de protección de las mercancías nacionales”⁶.

El comercio internacional muchas veces choca con algo que no se dice pero se percibe: la falta de confianza respecto a los países y a los organismos que los nuclea. Los intereses u objetivos económicos, políticos o de otra índole, que están por detrás tuercen o al menos influyen en las decisiones y generan incertidumbre. El rol de la confianza es fundamental en el funcionamiento de un organismo internacional, es primordial en el acuerdo entre dos o más países. El clima de los negocios internacionales exige confianza.

El célebre socialista francés Guy Mollet decía que la coalición es el arte de llevar el zapato derecho en el pie izquierdo sin que salgan callos. Es como en el movimiento de las manos, hay un complemento, un respeto, un objetivo común. Entre ellas no hay sorpresas. La confianza apunta al futuro: es la convicción de que otro país actuará en la forma prevista y acordada. Cuando no hay confianza, no hay proyectos, ni acuerdos de largo alcance, ni esfuerzo común.

La discrecionalidad, la falta de reglas de juego duraderas generan desconfianza y consecuentemente, debilitan el comercio internacional. Todo ello ha sido advertido por el citado Acuerdo de Bali, al exigir “publicación y disponibilidad de la información” sobre las disposiciones y sanciones por infracción y formalidades de importación, exportación y tránsito.

Se requiere que el Derecho Aduanero y las consecuencias o sanciones sean previsibles.

Pues bien, las pautas del Acuerdo de Bali, favorecen a la observancia de las normas que establece, tanto por parte del operador privado

como de la autoridad aduanera, fijando un límite a su poder sancionatorio.

Es por ello que intentaré desarrollar el principio de proporcionalidad a que hacen referencia dichas disposiciones, a efectos de facilitar su aplicación.

3. Las cuestiones penales en el ámbito internacional.

Como vimos, en el punto 3 de las disposiciones comentadas, bajo el título: “Disciplinas en materia de sanciones”, se establece que las sanciones que se adopten mediante el reglamento guarden relación de causalidad con el resultado que se pretende lograr con la misma. Así también, el usuario aduanero estará en condiciones de conocer e impugnar cuando no se respetan tales principios.

Tal como lo destacara hace muchos años el entonces Secretario General de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) Michel Danet “las aduanas deben asegurar competitividad, transparencia y seguridad jurídica” A su vez, la “seguridad jurídica”⁷ requiere de la uniformidad de criterio, que las disposiciones y dictámenes de los funcionarios aduaneros tengan viso de verosimilitud, se los considere como interpretaciones auténticas de las leyes y dispositivos aduaneros. Se debe nuevamente jerarquizar a tales idóneos, que aportan su enfoque práctico sobre el tema a resolver. Lamentablemente, hoy en día ello no sucede, pues no obstante que el documentante procede conforme a las directivas de las autoridades aduaneras intervinientes, al desconfiarse de éstos, ello no lo releva a que posteriormente pueda ser objeto de imputaciones. Esta circunstancia también genera una gran “inseguridad jurídica”, que ahuyenta las inversiones. En muchos países a veces se compensa el déficit de recaudación con la aplicación de sanciones o multas por errores ligeros o involuntarios. Se debe exigir al servicio aduanero que sea un “servicio”, esto es que tenga predisposición a facilitar o colaborar.

5. Basaldúa, Ricardo Xavier, “La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional”, 2da. Ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, p. 81/2.

6. Pardo Carrero, Germán, “Tributación Aduanera”, 1º ed. Bogotá, Legis Colombia, 2009, ps. 67/8.

7. Suplemento de Comercio Exterior de La Nación del 24/10/2000.

Es fundamental determinar las consecuencias que asumen tanto los aduaneros como los operadores del comercio internacional, para evitar abusos funcionales y en ello la proporcionalidad de la sanción juega un rol fundamental.

El tratamiento igualitario en el aspecto punitivo genera confianza, hace previsible el comportamiento del otro, evita los desvíos del comercio hacia los puertos o aduanas más permisivas (*“penalty shopping”*).

Por otra parte, los ilícitos aduaneros son transnacionales, esto es, hay una aduana de salida en un país y otra de entrada en otro. Se caracterizan por una doble cara. De tal manera, estimo que la legislación uniforme en el orden penal aduanero facilita el comercio internacional, pues todo operador al momento de emprender un negocio necesita conocer los riesgos que asume.

Cabe destacar que, como veremos más adelante, en general los Estados eluden hacer acuerdos en materia penal.

Una visión global y dinámica del Derecho Aduanero gira alrededor de facilitar el comercio internacional⁸, para lo cual resulta indispensable una razonable armonización. Va de suyo que la pretensión no es identidad absoluta de prácticas y normas, sino de criterios o conceptos de base que, como señalé al inicio, al menos hagan previsible al Derecho Aduanero. Así, si se ha logrado avanzar en la armonización conceptual de destinaciones y operaciones, como así también en la alineación y simplificación de trámites para el despacho de mercaderías, resta pues intentarlo respecto a las sanciones por el incumplimiento de sus formalidades.

Esa buena predisposición para ponerse de acuerdo en que se puede hacer, no se da sobre lo que no se puede hacer y sus consecuencias. Los Estados no muestran preocupación al respecto, existiendo un amplio margen de discrecionalidad y por ello los avances hacia la integración o unión económica han fracasado con respecto a las disposiciones penales que siempre han quedado fuera de los acuerdos.

La Unión Europea (UE), que es el ejemplo más importante y exitoso de uniones económicas (en cincuenta años ha unificado más de 27 países), no ha logrado el consenso de sus miembros para incorporar normas penales y procesales aduaneras. Es de destacar, que la evolución de la Unión Europea llevó a la elaboración de una Carta de derechos fundamentales y su alcance. Así, se recoge junto al principio de legalidad, el de proporcionalidad de los delitos y las penas: “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción” (art. 49, p. 3). “Este apartado recoge el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades⁹.”

Asimismo, la incorporación de todos ellos a la Organización Mundial del Comercio (OMC, 1995), sumando a más de 150 países asociados, los ha llevado a adoptar reglas uniformes sobre la base de la economía libre de mercado y la no discriminación por el origen de las mercaderías con una normativa que beneficia al comercio internacional e intrazonal como son la clasificación arancelaria de las mercaderías, las normas de origen, el valor de las mercaderías,

8. La OMC y las rondas multilaterales procuran la disminución de obstáculos, para ello se persigue reducir en forma generalizada y progresiva los aranceles aduaneros. Ello no significa su eliminación, así sin más, pues son instrumentos necesarios para muchos países en desarrollo para proteger sus industrias o hacerse de recursos. Actualmente, luego del atentado del 11-9-01 de las Torres Gemelas de Nueva York, la seguridad se trasladó a las fronteras y la seguridad se sumó a los objetivos del control aduanero.

Por ello, Basaldúa sostiene que “hay intereses de los Estados que no se limitan a los de orden comercial”. Así, “en la actividad de los despachantes de aduana está comprendida la colaboración que brindan a las aduanas, la debida aplicación de la legislación aduanera que incluye restricciones a la importación y exportación de naturaleza no económica y la adecuada y oportuna percepción de los tributos aduaneros por parte de los Estados” (Basaldúa, Ricardo Xavier, *“La OMC y los despachantes de aduana”* Guía Práctica de Comercio Exterior N° 147, 14/8/09, p. 7.)

9. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, explicaciones y concordancias por Ricardo Alfonso García y Daniel Sarmiento, Ed. Thomson, Civitas, 2009. En esta obra se cita la jurisprudencia más significativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, v.gr., Castells vs España del 23/4/92, Fiskano del 29/6/94 (C135/92) y Advanced Nuclear Fuels del 20/3/91 (C-308/90).

etc. Todo ello, sin perjuicio de la adopción de otro tipo de reglas internacionales facilitadoras del comercio como las incoterms, contratos de compraventa internacional y de transporte estandarizados, etc.

Algo parecido ha sucedido en Latinoamérica, donde incluso en lo económico los resultados resultaron más modestos, ensayándose nuevas formas y alianzas que van mutando al compás de vaivenes políticos de los países involucrados.

Recientemente se ha dictado el Código Aduanero de MERCOSUR, en el que no se incluyen disposiciones penales¹⁰.

3.1. Impedimentos.

¿Por qué esa resistencia a incluir en los acuerdos internacionales las disposiciones penales?

Principalmente se invocan razones de orden político y de tipo ideológico.

Respecto de las primeras, la principal objeción, es la cesión de soberanía nacional al sistema supranacional.

En cuanto a las objeciones en el orden ideológico residen en las diferentes culturas y escalas de valores que reaccionan de manera distinta ante el derecho penal.

*“En cuanto al asunto de infracciones y sanciones, vasta doctrina jurídica piensa que ese rubro no debe ser elevado a integración, a código regional, por idiosincrasias, por manera de sancionar, por lo que aquí puede ser muy grave, allá no lo es tanto. Pero imagínense que el tema de infracciones y sanciones estuviera fuera de negociación”*¹¹.

La idea no es imponer un patrón cultural, sino uniformar un criterio general de responsabilidad penal.

Por ello, estimo que hoy en día la preten-

sión de unificar todo el derecho penal aduanero internacional es impracticable, no obstante, sin que exista un territorio aduanero común, el objetivo es consensuar una base común que clarifique el alcance del principio de proporcionalidad de la pena para su aplicación por las autoridades de cada país. Si bien respecto de la integración, Rohde Ponce nos dice: *“Está probado que la integración cuando no se desea no se logra. De tal manera que armonizar el Derecho no es un proceso jurídico conceptual, es un proceso diplomático de negociación que enfrenta intereses encontrados, intereses que hay que negociar, que hay que transigir, que hay que pactar, porque de otra manera los esfuerzos caen en largos procesos de espera. Los historiadores piensan que el derecho fue producto de los pactos de las personas, luego de las tribus”*¹².

4. El principio de proporcionalidad punitiva.

4.1. Su desarrollo histórico.

El Acuerdo de Facilitación del Comercio de Bali, de todos los Principios básicos consagrados en Acuerdos Multilaterales, recogió el de proporcionalidad entre sanción y falta cometida. Veamos su alcance.

Las necesidades de la época, nos van a decir de la evolución del fundamento de la pena, que va a pasar de la protección del Estado al individuo.”La severidad de las penas conviene más al Gobierno despótico cuyo principio es el terror, que la Monarquía o a la República, cuyo resortes son el honor y la virtud”¹³ Así, se consideraba gravísima la ingratitud para con los padres adoptivos. La concepción de la pena-castigo va dando lugar a la pena-resocializadora, que va a tener en cuenta la justa proporción

10. Siguiendo lo estipulado en el art. 1 del Acuerdo, los Estados miembros se comprometieron “a armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.” Así, en proyectos anteriores se habían incorporado las infracciones aduaneras, no los delitos.

11. Rohde Ponce, Andrés. Ver su trabajo: “Armonización jurídica y Códigos Aduaneros Regionales” publicado en Revista de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales “I Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero”, Errepar, p. 353.

12. Rohde Ponce, Andrés, ob. citada, p.351.

13. Montesquieu, “Del espíritu de las leyes”, Capítulo IX “De la severidad de las penas en los distintos gobiernos”, Editorial Altaya, p. 68.

entre las penas y los delitos¹⁴. Así predominaba el principio talional, se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte, excepto que fuera culposa, que era penada con los gastos de la curación¹⁵.

En su obra “Del Delito y de las penas” (1764), Cesare Beccaria señala que las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan a su propósito, que no es causar daño, sino impedir al delincuente la comisión de nuevos delitos y disuadir a los demás ciudadanos de hacerlo. (El ensayo es un alegato contra las penas de tormento o la pena de muerte, muy comunes por aquel entonces, que el autor considera inútiles y perniciosas). Agrega, que lo que más disuade a los ciudadanos de violar la ley no es la exagerada gravedad de la pena, sino la inexorabilidad de la justicia. No se debe aplicar castigos inhumanos, sino aplicar castigos relativamente leves pero con toda seguridad. La pena (derivada de *pendere*: pesar, medir), es un cambio de valores, es la moneda en que se paga el delito. Debe haber proporción entre acción y reacción: Si es menos es insuficiente (y se viola un deber), si es más o excesiva es injusta (y hay abuso de derecho). Ello nos dice de una doble mirada que alcanza a quien sufre la pena y a quien la aplica.

4.2. Caminos para establecer un concepto universal de proporcionalidad de las penas.

La proporcionalidad es una relación entre un antecedente y un consecuente¹⁶. La proporcionalidad punitiva está íntimamente vinculada al principio de razonabilidad de las leyes, que en sentido estricto equivale a justicia. Al igual que ocurre cuando se define justicia como “el dar a cada uno lo suyo” y no se dice “que es lo suyo de cada cual”, la proporcionalidad de las penas no señala con relación a que se mide esa proporcionalidad.

Imaginemos si para evitar la difusión de una enfermedad se clausuraran los puertos y los aeropuertos, no obstante que la enfermedad de que se trate no se contagia directamente de persona a persona. En definitiva, el principio de razonabilidad indaga en la aplicación de las normas por la administración y la finalidad perseguida con su aplicación. La aplicación de las normas es legítima cuando es derivación razonada del derecho vigente. La tesis contraria es igualmente válida, una decisión arbitraria y por tanto revisable es aquella que no es razonable, por no constituir una derivación lógica del derecho aplicable¹⁷. El principio de razonabilidad es opuesto a la arbitrariedad y se vincula también al principio de igualdad. De tal manera, en su primera acepción constituye la exigencia que exista una proporcionalidad entre las normas aplicadas y el fin perseguido, mientras que en el segundo alude a la exigencia de que las categorizaciones que pueda efectuar el legislador no resulten injustificadas. Pues bien, veamos en qué consiste ese doble enfoque.

4.3. La categorización como método para medir la proporcionalidad.

En los Códigos Penales de los distintos países se utiliza como método categorizar los bienes a proteger a los fines de la pena a imponer, al igual que tienen en cuenta la forma en que se ataca esos bienes. Así, se castiga con más pena los delitos contra la vida que contra la propiedad, y si se lo hace intencionalmente o con dolo, o bien con negligencia o culpa. Ello permite un criterio de proporcionalidad.

En la búsqueda de un espejo de alcance internacional, se podrían unificar las normas penales y procesales que emergen de: la Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) y la Convención

14. Montesquieu, ob. citada, en el Cap. XVI “De la justa proporción entre las penas y los delitos” Es esencial que las penas guarden entre sí cierta armonía, porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave: lo que más ofende a la sociedad que lo que menos la hiera” -p. 74- Cita ejemplos y se pregunta ¿Quién podría creer que estas dos sentencias se hayan dictado en el mismo reinado?, lo que muestra que la proporcionalidad era discrecional.

15. En Babilonia, el célebre Código del rey Hammurabi del Siglo XIII A.C., que contiene disposiciones civiles y penales.

16. Linares, Juan Francisco, “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional”, Ed. Astrea, 1989, p. 109.

17. Linares, Juan F., ob. citada, p. 117.

Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) a las cuales se encuentran adheridos todos los países de Latinoamérica¹⁸.

Ahora bien, los principios generales que dichos acuerdos consagran, pueden fijar pautas o bien un marco donde debe moverse el derecho penal aduanero, pero no permiten su sistematización, ya que no se detienen en conceptualizar un bien común que todos consideren se debe proteger con igual intensidad.

En definitiva, hay una aceptación generalizada del principio de la proporcionalidad entre la sanción y la conducta a reprimir que contempla el acuerdo multilateral de la OMC en comentario, pero a los fines de facilitar su aplicación debemos definir un bien vinculado al comercio internacional que a pesar de las idiosincrasias distintas, todos consideren valioso.

4. 4. Aprovechamiento del camino andado.

Para la determinación de ese bien jurídico común, es útil analizar el Convenio de Kyoto, que fuera inspirador de instituciones en muchas legislaciones y aprovechar su versión de 1999 (CKR) para ordenar los aspectos penales en ella contenidos.

En una oportunidad anterior¹⁹, señalé que la CKR fija pautas o recomendaciones y que el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global (SAFE)²⁰ de la OMA avanza en el lineamiento de dos pilares: Aduana-Aduanas y Aduana-Terceros. Ahora bien tales disposiciones están dirigidas a los Estados para que las acepten y recojan en su legislación nacional.

Lo cierto es que los Estados tienen realidades distintas y por ende, requieren distintas recetas para plasmar tales directrices en su derecho positivo. Montesquieu en su “Espíritu de las leyes”, justamente llamó a su obra “Espíritu” queriendo significar la influencia de las tradiciones y costumbres que pesan al lado de las normas. Es fundamental entonces la adaptación de la norma al medio donde se debe aplicar.

4.5. La función esencial de las aduanas: el control aduanero.

4.5.1. Aspecto doctrinario.

En esa búsqueda de un objetivo común a proteger, que nos sirva para pivotar la proporcionalidad punitiva, tomaremos el camino de ponernos de acuerdo sobre la función esencial de la aduana.

En virtud del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, se debe precisar lo que se quiere proteger, esto se llama en penal, el BIEN JURIDICO tutelado.

El bien jurídico es todo interés de la sociedad protegido por el derecho penal. Por ello, la doctrina penal preponderante considera que no puede haber delito sin que se afecte –real o potencialmente– un bien jurídico.

No obstante que el bien jurídico no integra el delito, su determinación permite captar la finalidad y verdadero sentido de la ley, por lo que debemos indagar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos aduaneros.

Si lo que se busca es lograr que la aduana ejerza adecuadamente la función de control sobre las importaciones y las exportaciones,

18. De dichos acuerdos surgen los siguientes derechos: 1.- No discriminación por ninguna razón; 2.- Presunción de inocencia, mientras no se pruebe la culpa o el dolo; 3.- Ley penal anterior al hecho de la causa; 4.- Debido proceso legal; 5.- Resguardo del derecho de defensa en juicio; 6.- Irretroactividad de la ley penal; 7.- Inaplicabilidad de penas por analogía; 8.- Aplicación de la ley penal más benigna; 9.- Unificación del rango sancionatorio para iguales conductas en todos los países; 10.- Las sanciones de multas o penas automáticas reservadas solo para conductas meramente infraccionales. Abarca, Alfredo Ernesto, “La necesidad de unificar las normas penales y procesales aduaneras en Latinoamérica”, *Memorias del Tercer Encuentro Iberoamericano de derecho Aduanero*. Barcelona. España, 7 y 8/6/07, p. 412.

19. Los días 7 y 8 de noviembre 2011, se llevó a cabo el seminario de la OMA en Sao Paulo, Brasil con la presencia del Señor Secretario de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), Kunio Mikuriya y el Secretario adjunto, Sergio Mujica y el Presidente de ASAPRA, Alejandro Ramos Gil. Tuve el honor de integrar el Panel Académico junto a Fernando Pieri (Vicepresidente da Associação Brasileira de Estudos Aduaneiros –ABEAD-, Brasil), Bryce Blegen (CEO Trusted Trade Alliance, USA), Andrés Rohde Ponce (Presidente de la Academia Internacional de Derecho Aduanero, México), como disertantes y Thierry Piraux como moderador.

20. El 22/6/05 los Directores Generales de Aduanas de los países miembros de la OMA, aprobaron el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global.

es fundamental determinar que comprende ese control, o bien cuál es la función esencial de las Aduanas.

“El papel general de la Aduana consiste en vigilar el cumplimiento de las prohibiciones legales referentes al tránsito de las fronteras, y dichas prohibiciones se fundan en diferentes razones: fiscales, económicas, sociales y de higiene pública”. Nos permitimos agregar “salud pública” y “seguridad común” para comprender el tráfico internacional de estupefacientes y de armas.

Ese es el bien jurídico específicamente protegido por el delito, los otros son derivaciones del control aduanero que debe ejercerse. Así, por ejemplo, en un caso, la salud pública podrá integrar el control aduanero, pero no porque en sí misma sea resorte de la aduana sino porque es el fundamento de una prohibición a la importación o a la exportación, que sí es lo específicamente aduanero. Lo mismo sucede respecto a la política económica, ya que vulnerándose el régimen de control aduanero referente a la importación y exportación, en forma mediata se afecta a la regulación económica que el Estado ha fijado²¹.

Ahora bien, frente a esa afirmación, se alza un enfoque más de dogmática penal que sostiene: “el control aduanero en sí mismo, no es sino una función ejercida por un órgano de la administración pública que por sí sola no puede ser erigida en bien jurídico de un delito. Pues una función no es ni más ni menos que la ‘acción y ejercicio de un empleo, facultad u

oficio’. Y, por ende, para ser considerada bien jurídico debe ser completada con una finalidad específica, distinta del mero ejercicio funcional. Es por ello que creó el control aduanero caracterizado como un bien jurídico intermedio, en tanto y en cuanto esa función fue otorgada a las aduanas para la salvaguarda de otros bienes jurídicos de distinta entidad que un formal buen desenvolvimiento de la función. Y esos otros bienes jurídicos pueden ser de distinta índole, v. gr.: renta fiscal, higiene pública, salud pública, seguridad común, etc., para cuyo cuidado se instrumentaron las funciones de control asignadas a la Administración Nacional de Aduanas”. Así planteado, resulta perfectamente determinable la existencia o inexistencia del delito de contrabando en cualquier hipótesis que se presente, pues lo habrá en el caso de que se impida o dificulte la función de control de la Aduana lesionándose o poniéndose en peligro de ese modo el bien jurídico para cuyo cuidado se ha instituido el mentado control. Sin lesión (o peligro de lesión) a este otro bien jurídico no habrá delito (aun cuando formalmente pudiera haberse afectado el control per se).

Esta interesante postura pareciera recoger el criterio de Welzel que dice: “En realidad, solo hay bienes jurídicos en la medida en que ellos están en ‘función’, es decir, en la medida en que ellos actúan en la vida social y su acción está en ella receptivamente”. Sin embargo, Rudolphi, quien desarrollara exhaustivamente esta temática, señala que con este concepto no se ha descrito la esencia del bien jurídico en for-

21. En la Argentina, en un fallo jurisprudencial, son valiosos los conceptos vertidos por el Dr. Miguel Echegaray, en oportunidad de resolver un caso de introducción de oro oculto entre las ropas de un pasajero: “Si bien la importación de barras de oro de buena entrega es libre desde el punto de vista aduanero y no está sometida a ningún requisito, ello no significa en manera alguna que pueda efectivizarse en la forma que lo disponga o desee el importador, ocultándola deliberadamente a la inspección aduanera (. . .) el ingreso al país de bienes (lo expreso en sentido genérico), no es ni nunca ha sido libre, en el sentido de que queda a la decisión exclusiva del importador hacerlos penetrar en nuestras fronteras. Puede haber libertad en lo que respecta a una posibilidad de importación sin trabas; a la liberación de gravámenes, tasas, servicios, etcétera, pero, no se ha de decir, que esta libertad significa apartar al organismo de inspección, eludirlo, desecharlo. Ello es imposible. El Estado Nacional, cuando lo ha querido o considerado necesario para el bien público, ha liberado a diversos productos. A otros los ha recargado o los ha beneficiado con una disminución.” Sin embargo, tales franquicias no pueden interpretarse como un derecho de ‘relevancia de la verificación aduanera’, precisamente, porque la aduana es el ente estatal que únicamente puede decidir acerca de si lo ingresado se halla en la situación acreedora de dicho trato de privilegio. Las franquicias se hacen efectivas, sí, con la directa intervención de las autoridades aduaneras y bajo la inmediata supervisión de su personal encargado del control de todas las operaciones que tienen como resultado el ingreso o egreso de bienes al país” En el régimen actual, el art. 116 del C.A. consagra expresamente el principio de la previa autorización para la introducción y salida de mercaderías, que define el art. 9º y que se encuentran sometidas a formalidades cuya inobservancia puede constituir contrabando.

En conclusión, el solo hecho de impedir o dificultar, de la manera que exige la ley, esa función primordial que tiene a su cargo la aduana de verificar toda la mercadería que ingrese o egrese del país, es configurativo de contrabando, con independencia de que alcance o tenga efectos sobre otras cuestiones (fiscales, sanitarias o de seguridad) que sólo constituyen el sustento o fundamento de ese rol que le asigna la ley.

ma totalmente exacta, pues el bien jurídico es precisamente la función social misma y no solo aquello cuya existencia en la realidad consiste en un ser “en función”²². En general, pueden describirse los bienes jurídicos como funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución. “Esas unidades funcionales a diferencia de otras como la vida, la salud, la propiedad, etcétera, no son estáticas sino que por ser sociales son dinámicas. Nuestra sociedad en su estructuración concreta no sería capaz de existir sin ellas”. Señala también dicho autor que “ello se ve claro cuando consideramos los numerosos bienes jurídicos contenidos en las normas de nuestro Código Penal, que se refieren a la protección de la administración de justicia. No se trata de un estado determinado, de algo estático, sino de la administración de justicia en sus diversas funciones. Ello es para el legislador, por lo tanto, valioso y digno de protección, en tanto y en cuanto su ejercicio imperturbable es un presupuesto esencial para la permanencia de nuestra vida social estructurada sobre la libertad y responsabilidad de los individuos”.

Tales consideraciones sobre el bien jurídico y la administración de justicia son trasladables a nuestra materia penal aduanera, en la que el delito de contrabando gira también alrededor de un control funcional sobre las importaciones y las exportaciones, como unidad valiosa para una sociedad constitucionalmente organizada. Veamos cómo se llega a esa conclusión.

Si se quisiera ubicar el delito de contrabando dentro un sistema, esto es, si metodológicamente se lo debiera incorporar dentro de un grupo de delitos según el bien jurídico tutelado por la ley penal y vulnerado por la acción delictiva, ¿en cuál de ellos se lo incluiría?

En virtud del carácter funcional que como hemos señalado se tiende a tutelar, nos inclinamos por incluir el contrabando dentro de los delitos que afectan la “Administración Pública”. Ahora bien, ¿que comprende la “Adminis-

tración Pública”? La respuesta no ofrece dudas: se apunta a resguardar la regularidad funcional de los órganos del Estado. Esto es, no se tutela el mero ejercicio funcional, sino “la normalidad de ese ejercicio frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones (funcionarios o empleados públicos) y a los atentados de los terceros, destinatarios o no del acto funcional”.

“Al lado de la Administración Pública como bien jurídico protegido, suelen aparecer otros, ya económicos, como el cohecho o las exacciones o la malversación, ya personales, como el desacato, etcétera. Pero se le debe dar preferencia al interés jurídico que considera preponderante, que es en estos casos la administración pública, aunque esa agresión no constituya el último fin del autor”.

Tal concepto es perfectamente aplicable al ámbito penal aduanero, de manera que dentro de ese aspecto funcional que comprende los tres poderes del Estado, hay que circunscribir el ámbito de aplicación al Poder Ejecutivo, y más específicamente a la Dirección General de Aduanas.

Ahora bien, ¿es la Aduana como institución la que se ve afectada o es la función de contralor que cumple la Aduana sobre la mercadería que se introduce o extrae al o del territorio aduanero? En varias legislaciones aduaneras se habla de “servicio aduanero”, de manera que nos está diciendo de una función que cumple el organismo

Esta concepción funcional del bien jurídico, que se aproxima a la postura de Jakobs²³, no se trata de un mero incumplimiento o apartamiento de cualquier deber del Estado, sino de aquellos que permitan realizar adecuadamente la función específica aduanera. Esto es, no cualquier omisión o entorpecimiento puede quedar en el ámbito del derecho administrativo. De no ser así, todas las desobediencias del Estado podrían ser consideradas delitos.

No todas las prestaciones del Estado tienen igual importancia. Por eso, el legislador tutela

22. Rudolphi, Hans J., “Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico”, ps. 343 y ss.

23. Jakobs, G., “Sociedad, norma y persona en una teoría de derecho penal funcional”, trad. por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Barcelona, ps. 11 y ss.

a través de la pena alguna con mayor intensidad que otras, al igual que también incidirá el modo en que se las dificulte o impida. Así, por ejemplo, se le da mayor jerarquía a la materia aduanera que a la cambiaria. Y dentro de lo aduanero, se va a priorizar lo esencial, lo que hace a su contenido, esto es, los tributos, las prohibiciones y los estímulos.

De tal manera, cabe aceptar la caracterización del “control aduanero” como bien jurídico intermedio –aunque preferiríamos llamarlo “genérico”–, y frente a determinadas modalidades, advertir la existencia de otros bienes jurídicos distintos (salud pública, seguridad común, higiene pública, etc.), que se podrían denominar “específicos”.

No obstante, la sola afectación al control, sin lesión o peligro de lesión a otro bien jurídico, podrá escapar a alguna hipótesis específica de contrabando, pero quedará aprehendido en la figura básica de contrabando, que no incluye en su tipo penal tales otros elementos objetivos.

Quiere decir que el bien jurídico tutelado por el delito de contrabando es el normal funcionamiento del “control aduanero” pero en el ejercicio de funciones esenciales de la actividad aduanera. No obstante, frente a determinados supuestos en los que pueda resultar desproporcionada la levedad del hecho ante la reacción penal, se alzarán dos posturas: una, que propugna la aplicación de la norma en nombre de la “seguridad jurídica”, y con el objeto de posibilitar una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria y evitar criterios emocionales e inseguros. La otra, que invoque la atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación.

De tal manera, adoptamos una posición que no se limite a integrar el tipo de contrabando con funciones que no solo deben ser aduaneras, sino que tienen que hacer a su esencia o contenido.

Actualmente, por razones de política criminal se tiende a sustituir la tutela de bienes por la de funciones meramente administrativas.

Tal como lo sostiene Moccia, ello es muy arriesgado, toda vez que se debe distinguir bien jurídico protegido de la finalidad de la tutela,

pues esta última no es un bien jurídico en sentido tradicional, sino un objetivo de organización política, social y económica. En el sector económico, se podría mencionar como razones de tutela la correcta gestión económica o el funcionamiento del sistema económico. Si bien son útiles para una primera sistematización de la parte especial, son inabarcables conceptualmente y por ello hacen peligrar las garantías individuales.

Trasladando tales pautas al derecho aduanero, si la ratio del contrabando es la política económica nacional, ello no solo por su amplitud afecta el principio de legalidad, sino que deja afuera situaciones que son de índole aduanera, como el caso que la conducta persiguiera el incumplimiento de una prohibición de carácter no económico (por ej., contrabando de armas, estupefacientes, etc.).

Podríamos precisar aún más y decir que la ratio es el “adecuado control que las leyes acuerdan a las aduanas”, pero entonces la conducta debería afectar alguna de esas funciones aduaneras (tributos, prohibiciones o reintegros) y no el control en sí mismo.

Para que intervenga el derecho penal (común o especial) se requiere que se precisen comportamientos a una regla de conducta de sencilla comprensión que exprese la dañosidad social del hecho o el peligro concreto a los intereses que se quieren proteger.

4.5.2. Los organismos internacionales. Su tratamiento.

En el ámbito internacional, los instrumentos de la OMA al regular distintos temas, no se han detenido en la elaboración de un concepto de función esencial de la aduana que nos sirva de eje para nuestros propósitos de armonización.

El Glosario de Términos Aduaneros Internacionales de la OMA define el “control de la aduana, como “el conjunto de las medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que la aduana está encargada de aplicar”.

Los instrumentos de la OMA si bien se refieren a algunos tópicos de relevancia penal que considera de interés, no se detienen en brindar una definición general. Seguramente el orga-

nismo ha querido ser respetuoso de las diferentes culturas y escalas de valores que reaccionan diferentes ante el derecho penal²⁴.

No obstante, resultaría conveniente que a los fines de la elaboración de un concepto común que nos sirva de eje para nuestros propósitos de armonización internacional, contar con una definición marco sobre la función esencial de la aduana.

La CKR, en el Anexo General, Cap. 2 “Definiciones” define el “Control de Aduana” las medidas aplicadas por la Aduana a fin de asegurar el cumplimiento de la ley aduanera. En el Cap. 6, titulado “Control Aduanero”, punto 6.1, dice: “Todas las mercancías e incluso los medios de transporte, se encuentren o no sujetos a derechos o impuestos serán sometidos al control aduanero”. En el punto 6.2 “El control aduanero se limitará al mínimo necesario a fin de asegurar el cumplimiento de la ley aduanera”

Es un concepto simple referido al control sobre el tráfico internacional de mercaderías, pues al señalar: “se encuentren o no sujetos a derechos o impuestos”²⁵, el aspecto tributario puede no estar.

No obstante, entendemos que se debería hacer mención de las prohibiciones a la importación o exportación.

Por ello se propone el siguiente texto: “Control Aduanero: Las mercaderías, incluso los medios de transporte, se encuentren o no sujetos a derechos o impuestos o a prohibiciones a la importación o exportación, serán sometidos a control aduanero”.

4.5.3. Bien común al comercio internacional de mercaderías.

Ya precisadas las funciones que corresponden al control aduanero, podemos delinear el bien común al comercio internacional.

Al igual que como vimos en el Derecho penal común, el bien jurídico no es una elaboración abstracta del legislador, sino presupuestos indispensables para la vida en común, en materia penal aduanera, son presupuestos indispensables para que la aduana cumpla su función esencial de control del tráfico internacional de mercaderías²⁶, esto es, asegurar el cumplimiento de la ley aduanera. Por lo tanto, aquéllas conductas que afecten dicho bien o finalidad, constituirán la parte penal del derecho aduanero.

Lo importante es que la proporcionalidad punitiva siempre estará en relación con la afectación de ese bien u objetivo común

Dado que el enfoque penal es más resistido en materia aduanera²⁷, intentaré explicar esta propuesta desde un ángulo más conocido, como es la clasificación arancelaria, el nomenclador y la posición o partida.

A los fines de regular el tráfico internacional de mercaderías y fundamentalmente el despacho aduanero de las mismas entre distintos países se creó un sistema de codificación que permite individualizar las mercaderías, para establecer con precisión los aranceles y requisitos a los que están sujetas las mercaderías.

El Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías utilizado para la importación, y la exportación, parte de la nece-

24. Cfr. Taligren, “*the sensibility and sense of international criminal law*”. European Journal International Law, n 3.202, p. 569/79. Dicho autor destaca la alarmante evolución en la cultura jurídica occidental de una visión extremadamente simplificada de los efectos disuasivos de la sanción punitiva en el plano internacional. La pena ha sido pensada y elaborada para ser aplicada en contextos nacionales.

25. En Argentina el control comprende los tributos y se discute si los mismos son solo aduaneros o también los no aduaneros (v.gr., Impuesto al Valor Agregado, Impuesto a las Ganancias, Impuestos Internos).

26. Para evitar controversias, no he desarrollado los problemas que se plantean con relación a si se protege el control en sí mismo (aspecto funcional), o se requiere que se afecten bienes jurídicos finales que se pretenden proteger con dicho control (v.gr., Salud pública, seguridad común, patrimonio cultural, etc.)- Ver mi trabajo “Delitos aduaneros”, 3ª Ed., Mave, 2010, p. 95 y ss.

27. El penalista constreñido por el principio de tipicidad emplea términos muy técnicos. Por ejemplo, no es lo mismo secuestrar que raptar a una persona, ni fuerza mayor tiene el mismo alcance que estado de necesidad o cumplimiento de un deber.

sidad de armonizar las denominaciones de las mercancías mediante las palabras más comúnmente utilizadas entre los usuarios del Sistema:

a) Aspecto lingüístico se aporta un documento técnico respetuoso de las reglas gramaticales y de las lenguas nacionales.

b) Sociológico, pues permite que un grupo de personas de nacionalidades diferentes de perfiles culturales tan variados y disímiles pueden ponerse de acuerdo fácilmente.

Las Enmiendas que se realizan se derivan de la diferente interpretación de las normas de clasificación, que al igual que las Reglas Interpretativas aportan una ayuda complementaria para el entendimiento común²⁸.

Sabido es que a través de distintos criterios se pueden elaborar Nomenclaturas. Pues bien, tomando como eje lo que es valioso (bien jurídico) para el Derecho Penal Aduanero en el orden internacional, el control sobre el tráfico internacional de mercaderías sería la Nomenclatura adoptada.

En el Nomenclador de las mercaderías, ningún principio básico se puede considerar suficientemente satisfactorio para determinar la sistematización de una nomenclatura, pues, por un lado, está el análisis económico del comercio y por el otro la finalidad arancelaria o fiscal.

Igual ocurre con la sistematización de la Nomenclatura “Control aduanero”, que se ve afectada según se quiera distinguir los tributos aduaneros de los no aduaneros vinculados al comercio exterior (IVA, Ganancias, Internos), o bien, comprender las prohibiciones económicas o no económicas a la importación o exportación.

Ya definido el Nomenclador (control aduanero), el segundo concepto que pertenece a ese grupo, que se denomina “Posición o Partida”, es la medida a imponer que deberá ser proporcional con la mayor o menor afectación del

control aduanero. A su vez, a nivel subpartida se delega en los países el *quantum* a imponer que según su cultura se considera disuasorio.

Volviendo al Sistema Armonizado, vemos que comprende normas preliminares o reglas generales que se deben aplicar para conseguir una interpretación uniforme, es decir para que una mercadería determinada se clasifique siempre en una sola y misma partida o subpartida, con exclusión de cualquier otra disposición susceptible de tomarse en consideración. Pues bien, también se puede intentar en el ámbito penal aduanero elaborar unas “Reglas Generales Interpretativas”, para resolver las situaciones conflictivas de manera uniforme.

Ahora bien, como nos advierte Rohde Ponce²⁹, no basta la norma armonizada, sino que también es muy importante quien la aplica, pues con una aplicación caprichosa puede dejar de ser armonizada.

Esto es, interesa también quien la interpreta, incluso como se la integra a nivel nacional³⁰.

Al igual que en materia clasificatoria, lo que intentamos precedentemente fue unificar un bien que todos los países lo consideren fundamental para el tráfico internacional.

4.6. Formas en que se puede atacar el control aduanero.

Conforme lo expuesto, con la ayuda del sistema clasificatorio hemos definido el “Nomenclador”, esto es hemos unificado un bien (control aduanero), que todos los países consideran fundamental para el tráfico internacional. Ahora corresponde su categorización o bien conceptualizar la “Posición” o “Partida”.

En la legislación comparada para distinguir los delitos de las infracciones aduaneras rigen dos criterios de distinción:

1. Cuantitativo ————— Límite monetario
2. Cualitativo ————— Por su estructura o naturaleza

La generalidad de las legislaciones aduaneras, contemplan la entidad económica del he-

28. Carbajal Smith, Julio Manuel, “*El Sistema Armonizado y el Derecho aduanero*”, Memorias del Primer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero Guadalajara 9 y 10/6/05, p. 27.

29. Rohde Ponce, ob. citada, p. 353.

30. Rodhe Ponce, ob. citada, p. 352.

cho para otorgarle el tratamiento de infracción o de delito aduaneros³¹. Esta postura cuantitativa, es simple, consideran que si la mercadería supera un monto monetario es delito, si no es infracción aduanera.

En cambio, si se tiene en cuenta el control aduanero, como bien común a tutelar, se trata de un enfoque cualitativo, pues atiende la forma en que se ataca o afecta ese control³².

Este criterio tuvo una evolución que merece ser explicada. En las infracciones aduaneras se destaca su carácter represivo (precepto-sanción), pero también tiene relevancia su finalidad indemnizatoria o reparatoria. Esta doble función, que se condiciona e interconecta mutuamente, ha llevado a considerar que son de naturaleza mixta.

El debate se ha planteado entre quienes pretenden aplicar de lleno los principios del derecho penal general y los que sostienen que este tipo de infracciones revisten particularidades que exigen el desplazamiento de estos principios, especialmente el de la culpabilidad.

Tradicionalmente se concibió a las aduanas como oficinas estatales cuya finalidad principal consistía en cobrar los tributos aplicables a las mercaderías que eran objeto de importación o de exportación.

Este enfoque que veía en el organismo aduanero una institución fundamentalmente recaudadora no dejaba de reflejarse en la orientación que los ordenamientos jurídicos otorgaban al régimen represivo aduanero que, de tal manera, se orientaba a castigar primordialmente las

conductas que afectaran real o potencialmente a la renta aduanera.

De acuerdo a esta óptica, la necesidad que el Estado tiene de los recursos económicos - financieros a fin de subvenir a las necesidades públicas esenciales en las que está interesada toda la comunidad, hace de la defraudación fiscal una infracción con características especiales. Dado que el Estado no puede subsistir sin asegurar sus funciones esenciales para los que requiere de esos recursos materiales, entre los cuales el pecuniario es el más apremiante, se vio en la infracción a la norma fiscal, una suerte de incumplimiento a una obligación de entregar sumas de dinero al acreedor fisco, lo que asimilaba esta situación a la de una obligación civil que, si bien debía adecuarse a los preceptos constitucionales y legales, no escapaba del esquema reflejado en la relación deudor-acreedor ínsita en éstas³³.

De tal manera, se ve en la pena de multa aplicada al infractor más un acto de reparación ante el incumplimiento pecuniario que un acto retributivo o preventivo en sentido penal.

Esta concepción de la aduana se sustentó en la idea que en materia de aduanas existía una responsabilidad "sui generis", fundada en el carácter especial de las infracciones y en el propósito fiscal que las originaba, agregando que las penas pecuniarias tienen un carácter particular según el cual, pese a conservar su calidad de pena, poseen cierto carácter de indemnización de daños lo que las somete a reglas que no encuadran estrictamente en las disposiciones del Código Penal. Este criterio surgido en la jurisprudencia francesa³⁴, fue sustentado

31. Así, se regula en Colombia y pareciera también en Perú, aunque con ciertas salvedades, considera el límite monetario como una condición objetiva de punibilidad.

32. En Argentina, el valor de la mercadería objeto del contrabando no cambia su estructura de delito, sólo puede darle un tratamiento más benigno. Esta salvedad es importante a los fines de resolver situaciones sobre el error, aplicación de la ley penal más benigna, entre otros. Además, esta toma de posición también tiene incidencia sobre el ámbito de aplicación que se destinará a los delitos aduaneros. De tal manera, el concepto que se tenga de las infracciones delimitará el campo de acción de los delitos aduaneros.

33. Bielsa, Rafael, "Estudios de derecho público", Tº II, Depalma, Bs. As., 1951, p. 480.

34. Pallain, G., en "Les douanes françaises, Régime, organisation, fonctionnement", T. 3, París, 1912, p. 297, nos dice que la Corte de Casación ha declarado que estas multas -se refiere a las multas en materia fiscal y, especialmente, aduaneras- eran a la vez penas y reparación civil, que tenían carácter mixto, mencionando los fallos de la Corte de Amiens, 16 de mayo de 1868 y Cass. Civ. 22 de julio de 1874. dicho autor se hace cargo de las graves discrepancias que estos precedentes provocaron entre los autores de la época.

en la Argentina por la Corte Suprema de Justicia³⁵, seguido por los tribunales inferiores³⁶ y reflejado en la doctrina³⁷.

Esta doctrina fortaleció el criterio que consideraba que, en materia aduanera, no se requería de intención³⁸ y que la responsabilidad en esta materia era de carácter objetivo, mientras que en los delitos comunes el dolo y la culpa juegan un rol decisivo³⁹. Esta concepción se resumía en el célebre aforismo según el cual “la aduana juzga hechos y no intenciones”, utilizada como verdad incontrastable en muchas aduanas hasta el día de hoy.

Con el tiempo, sin embargo, se fue afianzando una distinta concepción respecto de las funciones del servicio aduanero. Esta nueva concepción parte de la idea de que la tarea principal de la aduana radica en el control de la importación y exportación de las mercaderías como modo de ejecutar la política económica establecida por el Estado respecto del comercio exterior.

Esta óptica ve al arancel como una herramienta de aliento o desaliento de determinada actividad económica, sobre todo industrial y si bien siempre se admitió que la aduana cumplía funciones extrafiscales de control, hasta hace poco no concentraban la atención de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia⁴⁰.

Se adoptó una nueva terminología que distinguía entre las restricciones no arancelarias y las restricciones arancelarias ubicándose en estas últimas a los derechos de aduana.

Esta concepción puso a la aduana en la tarea de aplicar el arancel y las prohibiciones a la importación o la exportación como medios de promoción y fomento de las actividades industrial y exportadora, haciéndola órgano de control de los regímenes de importación temporaria, de estímulos a la exportación y de otros incentivos fiscales y aduaneros.

El control de cambios, cuyo auge se produjo en la década del treinta⁴¹, requirió también del control en los precios de la mercadería que se importaba o exportaba a fin de captar por esa vía evasiones al régimen de negociación de las divisas correspondientes, con lo que la aduana vino así, a prestar otra importante colaboración extrafiscal.

De tal manera se fue afianzando una nueva visión de la aduana, en la que la actividad recaudatoria pasó a un segundo plano⁴².

Este nuevo enfoque trajo aparejada la necesidad de sancionar las conductas que pusieran en peligro el referido control, con independencia de que la renta fiscal pudiese o no sufrir menoscabo.

El principio de la veracidad declarativa en la operatoria aduanera -presupuesto de la relación

35. CSJN, Fallos del 1/9/939, Rev. La Ley, T° 15, p. 999, del 15/11/939, Rev. La Ley, T° 16, p. 747, del 14/3/947, Gaceta del Foro, T. 189, p. 205, del 30/12/957, Rev. La Ley, T. 91, p. 672, y muchos otros más que reiteraron esa doctrina.

36. Por ej.: C. Fed. Cap. 3/12/945, Rev. La Ley, T. 41, p. 480.

37. Ferro, Carlos A., “*Procedimiento administrativo penal en materia aduanera*”, Ed. Soc. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1942, p. 19 y 57; García, Tomás, “*Legislación penal aduanera*”, Bs. As., 1945, ps. 21/22; Fernández Lalanne, Pedro, “*Derecho Aduanero*”, T. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1966, p. 831; Bielsa, Rafael, obra citada, ps. 480 y 487; Giuliani Fonrouge, Carlos M., “*Derecho Financiero*”, T. II, Depalma, Bs. As., 1982, p. 603; Villegas, Héctor B. “*Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*”, Depalma, Bs. As. 1975, p. 356; Potenze, Jaime, “*Naturaleza jurídica de las sanciones aduaneras*”, Rev. Derecho Aduanero, T° V-B, p. 577.

38. En la Argentina, la jurisprudencia era uniforme: C. Fed., Cap. 27/5/946, J.A., T° 1946-III, p. 37, 3/5/949, Rev. La Ley, T° 55, p. 483.

39. C. Fed., Cap. 16/7/43, Rev. La Ley, T° 31, p. 189, C. Fed., 12/7/959, Rev. La Ley, t. 59, p. 590, CN La Plata 7/5/951, Rev. La Ley T° 63, p. 62, C. Fed. Rosario 13/12/950, Rev. La Ley, T° 62, p. 8, C. Fed. Contencioso administrativo 14/3/968, Rev. La Ley T° 131, p. 688, C. Fed., Sala contencioso administrativo 4/4/963, Rev. La Ley, T° 112, p. 199, C. Fed. Sala contencioso administrativo, 27/5/965, Rev. La Ley, T° 120, p. 916, núm. 12605-S, CSJN 5/5/965, Fallos T° 261, p. 396.

40. La prueba de ello radica en el criterio de distinción entre destinaciones definitivas y suspensivas que algunos ordenamientos europeos tradicionales hacen estribar en el sometimiento de la mercadería al pago de los derechos de aduana (Ver Barreira, Enrique C., en el T° II-A del “*Código Aduanero - Comentarios, Antecedentes y Concordancias*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1986, p. 198, nota 6).

41. En nuestro país fue restablecido por el Decreto 1570/01 y 1606/01 y actualmente rige en la Argentina.

42. Chouhy, Adolfo S., “*El derecho aduanero como disciplina científica*”, Rev. Derecho Aduanero, t. I-A, p. 1, Sortheix, Juan J., “*La estructura del hecho gravado por los derechos de importación*”, Rev. Derecho Aduanero, T° V-A, p. 290 y, en especial, nota 5; Basaldúa, Ricardo Xavier, “*Introducción al derecho aduanero*”, Reimpresión 2008, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 207.

de confianza entre la administración aduanera y el administrado-, cuya transgresión era castigada por el ordenamiento como “defraudación fiscal” por exigirse el perjuicio, real o potencial a la renta (arts. 1025 y 1026), Ordenanzas de Aduana —Adla 1982-1880, 1050—) pasó a ser castigada aún en casos en que el hecho ilícito no tuviera incidencia en el orden fiscal. A, ese fin, al lado de las normas de las Ordenanzas de Aduana y sin derogar a éstas, aparecieron en las leyes de Aduana (Adla XXII-A, 373), otras figuras infraccionales que tomaban al perjuicio fiscal como uno o más de los posibles bienes jurídicos tutelables⁴³.

Finalmente, se reconoció la naturaleza penal de las mismas⁴⁴ consagrando la aplicación de los principios generales del derecho penal a este tipo de transgresiones.

Esta toma de posición se hizo sentir en las consecuencias prácticas que ella implicaba, comenzándose a admitir principios tales como la extinción de la acción por muerte del imputado⁴⁵, la declaración de la prescripción de oficio⁴⁶, comenzando a transitarse así, por un

camino cuyas consecuencias finales, a la luz de las particularidades del derecho aduanero, aparecía como incierto.

En algunas legislaciones⁴⁷ se receptó expresamente el principio de responsabilidad objetiva en materia de infracciones aduaneras. Con ello se intentaba marcar una tajante diferencia respecto de la posible aplicación al derecho penal aduanero de los principios del derecho penal general.

No obstante, en la actualidad se han abandonado los viejos criterios que consideraban que las infracciones aduaneras gozaban de una naturaleza mixta (en parte penal, en parte resarcitoria), reconociéndoles un marcado carácter penal. Así, la naturaleza penal de las infracciones hace pivotear la responsabilidad en el “incumplimiento de deberes” que se precisan a través del régimen, destinación u operación de que se tratare.

Sin entrar en la problemática de las doctrinas causalistas y finalistas de la teoría del delito, ambas concuerdan en que no hay acción en los casos en que el sujeto inculpa hu-

43. Así, la figura de la falsa manifestación introducida en la ley de aduana y que fuera objeto de sucesivas modificaciones por las leyes 14.391, 14.792, 16.690, 17.138, 19.881, 21.898, hasta la derogación de las ordenanzas de Aduana y de la ley de Aduana (en la cual dichas reformas se habían incorporado) por el Código Aduanero, ley 22.415.

44. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Wolcszanki Hersch”, 15/5/967, Rev. La Ley, t. 127, p. 1084, Fallos t. 267, p. 457; caso “Pastorino, Alberto”, 5/11/969, rev. La Ley, t. 139, p. 838, núm. 24555-S; caso “Mirás Guillermo”, 18/10/973, Rev. La Ley, t. 150, p. 242, ED t. 54, p. 309; caso “Papelera Hurlingam”, 6/5/974, Rev. La Ley, t. 155 p. 367, Ed, t. 55 p. 181, caso “Bigio Alberto”, 29/8/974, Rev. La Ley t. 156, p. 489, caso “Frydman Hercy K”, Rev. La Ley t. 1977-C, p. 75, caso “Industrias Automotriz Santa Fe”, 25/11/982, ED, 31/12/82, núm. 1764; caso “D’ambra”, 17/3/981, Derecho Fiscal XXXI-471; caso “Fisco c/Graciano”, 17/11/981, Derecho Fiscal XXXII-635 y fallos concordantes.

Que el principio básico y fundamental del derecho penal, aplicable al régimen represivo en materia aduanera es aquel de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 271:297; 303:1548; 320:2271; esta Sala, 4-4-1995, “Giocattoli S.A. c/Estado Nacional DGI” - Doct. Jud. 1995-2, p. 949-; ídem, 27-12-1996, “Hansung Ar. S.A.”; ídem, 5-8-1997, “IBM Argentina S.A. c/ANA”; ídem, 3-4-2001, “Solanas Country S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones, Disp. DNCI 239/97”; ídem, 19-4-2005, “Aseguradora Créditos y Garantías SA- TF 14322-A. c/DGA”; Sala I, 17-9-2002, “Gutiérrez de Casari, Reina M. del C. c/Dirección General Impositiva”). De ahí que se ha podido acertadamente sostener que las faltas administrativas vienen necesitadas de dolo o culpa en el autor de la infracción como requisito básico del reproche sancionatorio, excluyéndose, por lo tanto, cualquier forma de responsabilidad objetiva (Sala I, 29-11-1989), “Agencia Marítima Río Paraná S.A. s/Disp. D.P.S.J.J.S.L. N° 262/88 del Prefectura San Lorenzo”). C. Nac. Cont. Adm., *in re*: “Renault Argentina SA c/DGA”, 1-03-2007.

Este criterio se vio también reflejado en la doctrina: Zanelli, Isidro, “Carácter penal de las multas aduaneras”, Rev. Derecho Aduanero, t. I-B, p. 673, Freytes, Roberto Oscar, “La aplicación de los principios generales del Código Penal en el derecho penal aduanero”, Rev. Derecho Aduanero, t. IV-B p. 597; Barreira, Enrique C., y el suscripto en: “La responsabilidad de las infracciones aduaneras”, La Ley, T. 1989-A, p. 925.

45. Caso “Bigio, Alberto”, 29/8/974, Rev. La Ley t. 156 p. 489.

46. Caso “Pastorino, Alberto”, 5/11/969, Rev. La Ley t. 139 p. 489.

47. En Argentina la ley 21.898 (Adla XXXVIII-D, 3356) dejó sin efecto el criterio jurisprudencial predominante e introdujo el hoy derogado art. 166 bis de la Ley de Aduana, en el cual se receptó el principio de que la responsabilidad en materia infraccional aduanera es de carácter objetivo. Esta norma tuvo corta vigencia, pues al poco tiempo entró a regir el Código Aduanero (ley 22.415), el que no recogió el principio de la responsabilidad objetiva en materia infraccional. Este nuevo ordenamiento trató en su sección XII las disposiciones penales, estableciendo un sistema de aplicación supletoria de las disposiciones generales del derecho penal siempre que las mismas no estuviesen expresa o tácitamente excluidas por el régimen del Código (art. 861).

biera obrado a través de meros actos reflejos, en estado de inconsciencia o cuando hubiera sido objeto de fuerza física irresistible, pues en ninguno de esos supuestos hubo el mínimo de voluntad exigible para considerar que hubo acción.

Trasladando estos conceptos al ámbito aduanero, pensemos en la hipótesis de la presentación que un importador o un exportador efectúe ante el servicio aduanero (fuere por sí o a través de un agente o despachante de aduana) solicitando alguna de las destinaciones autorizadas por el ordenamiento (despacho de importación o permiso de embarque en exportación). A través de dicha presentación el interesado efectúa ante la aduana una declaración de voluntad, formulando un pedido de determinado tratamiento aduanero para la mercadería, dando comienzo al procedimiento administrativo correspondiente, del cual emergen derechos y obligaciones⁴⁸.

De tal manera, ese querer o aspecto volitivo de la conducta, que no debe confundirse con el dolo del agente que apunta a conocer y tener la intención de transgredir la norma, es fundamental para que haya acción y consecuentemente, para que pueda hablarse de infracción.

Por ello, la CKR en el Anexo Específico H, referido a las “Infracciones”, dice que “las infracciones aduaneras serán definidas por la legislación nacional...”. A continuación, de manera dispersa establece que las inspecciones corporales se reservan para las infracciones graves o contrabando y recoge alguna práctica recomendada, v.gr., entrega de mercadería bajo garantía, entrega de medio de transporte utilizado para cometer la infracción en determinados casos, conservación de la mercadería en infracción, excepto deterioro.

En cuanto a los delitos, la OMA define el fraude comercial como: “Cualquier infracción o delito contra los estatutos o disposiciones re-

gulatorias en que la aduana sea responsable de asegurar su cumplimiento, incluyendo:

1. Evadir o intentar evadir el pago de derechos-aranceles-impuestos al flujo de mercancías;

2. Evadir o intentar evadir cualquier prohibición o restricción a la que estén sujetas las mercancías;

3. Recibir o intentar recibir cualquier reembolso, subsidio u otro desembolso al cual no se tiene derecho legítimo;

4. Obtener o intentar obtener en forma ilícita algún beneficio que perjudique los principios y las prácticas de competencia leal de negocios⁴⁹.

Podemos completar el panorama de punibilidad refiriéndonos a las faltas disciplinarias.

Además de los delitos y las infracciones, se contemplan las faltas disciplinarias, que si bien son de naturaleza penal (precepto-sanción), pueden aplicarse autónomamente, sin violar el principio “non bis in ídem”. Tienen naturaleza penal porque privan de un bien restringen un derecho al sujeto sancionado (en el caso por ejemplo del agente o despachante de aduana, la suspensión o eliminación registral, actúa sobre el derecho a trabajar. La calificación de “disciplinarias” lleva a confusión. No se trata de una relación equiparable a la de empleo público, pues no hay relación jerárquica entre la Aduana y el despachante de aduana, no hay una subordinación. Se trata de una relación laboral donde se privilegian deberes de colaboración recíproca. El despachante debe ser leal con la Aduana y ésta con aquél, es bilateral. Toda competencia funcional del Estado implica el deber de sus funcionarios de cumplir adecuadamente con la función encargada, lo que constituye un derecho subjetivo del administrado. Son normas de “relación”, por oposición a las normas de “organización”, pues imponen deberes a los particulares pero también les generan

48. Barreira, Enrique C., “Código Aduanero - comentarios, antecedentes y concordancias”, t. II-A, Abeledo Perrot, Bs. As., 1986, p. 206.

49. Manual para el uso y aplicación del curso de Fraude Comercial OEA 1994, citado por el Prof. Joe Henry Thompson Arguello en su trabajo “La calidad dolosa o formal de la infracción y el delito aduanero”, publicado en “Memorias del Tercer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero”, Barcelona, España, 7 y 8/6/07 Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas.

derechos subjetivos⁵⁰. En muchas legislaciones se advierte imprecisión sobre el ámbito disciplinario. Así las fórmulas legales contemplan para las infracciones penalidades, pero aclaran que no excluyen las sanciones disciplinarias. Ello nos dice que se distingue la responsabilidad infraccional de la disciplinaria, pero no se dan pautas de diferenciación.

Cierta doctrina distingue las sanciones que se apliquen a los particulares en protección del interés general de las que se impongan a quienes sólo están en relación con la organización o funcionamiento para preservar el orden jurídico institucional.

En Argentina, la ley aduanera expresamente se refiere a las faltas disciplinarias y lo hace según el sujeto operador: importador y/o exportador, despachante de aduana, agente de transporte. Al respecto, según la índole de la falta cometida, el perjuicio ocasionado o que hubiera podido ocasionarse y los antecedentes del interesado, cabe aplicar: apercibimiento, suspensión o eliminación registral. Dichas sanciones se aplican por conducta reiterada o falta grave y previa formación de sumario. No obstante, cabe la suspensión registral sin más trámite como medida cautelar en determinados supuestos, lo cual ha merecido cuestionamientos de inconstitucionalidad⁵¹.

Es fundamental determinar los riesgos y consecuencias, que asumen tanto los aduaneros como los operadores del comercio internacional. Para ello, resultará útil incluir en la armonización propuesta a las faltas disciplinarias con relación a lo que se quiere proteger.

Las faltas, no dependen de la afectación del bien jurídico tutelado, sino que se mueven en el ámbito disciplinario y son actos de conducta que pudieren afectar el interés general o el orden institucional. Son autónomas de la infracción o delito aduaneros.

Dado que las faltas disciplinarias, si bien no requieren de la tipicidad de las infracciones, tienen naturaleza penal, sería útil establecer un límite a la discrecionalidad en la imposición de sanciones.

Por ello, también a su respecto, la entidad de la sanción debe ser proporcional a la gravedad del acto de conducta. Como pauta mensuradora de la sanción se debe tener en cuenta que no debe ser mayor que lo necesario para evitar su reiteración.

Lo expuesto nos demuestra cierta imposibilidad de unificar la categorización de los ilícitos aduaneros, o bien, que es un tema que por su complejidad no es fácil que los distintos países lleguen a un concepto común.

4.7. Proporcionalidad con el fin perseguido.

El único método constante en todos los tiempos y pueblos, como vimos, es la ley de talión que responde a un criterio material o aritmético, aunque no es justo. ¿Qué pena cabría aplicar por el atentado del 11 de septiembre a las Torres Gemelas?

Entonces, la pena puede procurar que el autor no lo vuelva a hacer, aunque dicha regla no contempla aspectos culturales, ya que la pena debe ser conceptualizada en un contexto nacional. El Código Penal es el termómetro de la civilización de los pueblos. Más civilizados menos penas o penas más suaves.

Si acudimos al fin de la pena, vemos que el derecho penal distingue la prevención general (retributiva), de la prevención especial (resocialización)⁵². En la primera, la finalidad de la pena es la reparación por el daño causado. En la segunda, en cambio, se busca prevenir o evitar que se reincida en la conducta. Además, esta “prevención especial”, no significa aceptar cualquier acción que impida al autor la repetición de nuevos delitos.

Nos detenemos aquí para preguntarnos en relación al tráfico internacional de mercadería ¿qué es lo que se quiere proteger? La proporcionalidad exige que la acción o la medida que se adopte guarden relación con el propósito perseguido. Impone que no se actúe más allá de lo que resulte necesario para lograr un objetivo determinado.

Basaldúa considera que “Este principio tiene aplicación al considerarse la “necesidad” a

50. Linares, Juan F., “Derecho Administrativo”, Astrea, Bs. As., p.62.

51. Código Aduanero, arts. 44, ap. 1 (Despachantes de aduana); 61, ap. 1 (Agentes de transporte Aduanero); 97 ap. 1 (Importadores y Exportadores).

52. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, p. 74.

que hace referencia, por ejemplo, el Art. XX para que se justifique el establecimiento de una restricción a las importaciones o exportaciones⁵³.

En esa línea, la sanción pivotea la idea de que no se vuelva a cometer. Tiene que ser DISUASORIA, y el quantum necesario para lograr ese fin le corresponde al Estado donde se aplique. Dada la diversidad cultural, no se debe cuantificar la sanción, sino unificar el fin perseguido y delegar en cada Estado su determinación”. Esta suerte de socialización, que “es el proceso por el cual un sujeto aprende los valores, normas y orientaciones del grupo al que pertenece”⁵⁴, en este caso, apunta a que el operador respete las reglas de juego del comercio internacional y se mantenga el orden.

Entonces, como veremos, se requiere ponerse de acuerdo sobre cuál es el fin perseguido por todos los Estados en materia de comercio internacional, sin perjuicio de delegar el segundo paso.

4.8. El principio de proporcionalidad punitiva en los organismos internacionales.

Dejando el aspecto histórico, también puede afirmarse que “la proporcionalidad ha surgido como un concepto desarrollado por la jurisprudencia alemana, ante el avance del poder de po-

licía de las autoridades administrativas sobre las libertades civiles, posteriormente también se enmarcó en la actividad legislativa dando origen al principio constitucional de proporcionalidad. A partir de allí fue importado por el Derecho Internacional Económico”. En un interesante trabajo⁵⁵, Iannello analiza el principio de proporcionalidad como derivación de la buena fe y el Derecho Internacional Económico en la Jurisprudencia de la OMC y los acuerdos del GATT. Así, muestra el funcionamiento del balance de intereses o derechos, de manera que la excepción sea proporcional a la situación que la justifica. Sería absurdo que la aplicación de medidas en los acuerdos llevaran a sanciones punitivas desproporcionadas y que dicha desproporción sólo podría ser admitida si estuviera expresamente prevista en los textos del GATT. Para resolver la colisión de principios se aplica el “test de proporcionalidad”, que suele constar de tres pasos: a) la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, b) la necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios) y c) la proporcionalidad entre medios y fines. Se aplica el principio de la proporcionalidad a

53. Basaldúa, Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional* citado, p. 605. Sobre el principio de proporcionalidad puede verse: Canal-Forgues, quien señala el interés que reviste al respecto el asunto CE-Amianto, citado donde se analizó si el decreto francés 96-1133, que prohibía la importación del amianto y de los productos que lo contienen, constituía una medida “necesaria” para la protección de la salud y la vida de las personas, en el sentido del Art. XX.b) del GATT de 1994. El OA precisó que “... el objetivo perseguido por la medida es la protección de la vida y de la salud de las personas mediante la supresión o la reducción de los riesgos para la salud, bien conocidos y extremadamente graves, que presentan las fibras de amianto. El valor perseguido es a la vez vital e importante en el más alto grado. No queda sino averiguar si existe otra medida que permitiría lograr el mismo objetivo y que tenga menos efectos de restricción de los intercambios que una prohibición”. Comenta este autor que “Resulta que para apreciar la “proporcionalidad” de una medida en el sentido del Art. XX.b) del GATT de 1994, hay que aprobar un test de intercambiabilidad, es decir, determinar si una medida “menos gravosa” para el comercio permitiría obtener “el mismo” objetivo (legítimo) que el perseguido por la medida. Si tal es el caso, la medida litigiosa viola el principio de proporcionalidad. En este asunto, el OA reconoció que ninguna medida menos restrictiva que la adoptada por Francia hubiera permitido lograr los objetivos de salud pública que habían sido determinados” (Canal Forgues, Eric – Thiller, Alexander (colab.), *“Le Règlement des différends a l’OMC”*, Bruylant, Bruselas, 2003. Canal Forgues, quien remite el asunto Estados Unidos. Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes de Pakistan, WT/DS 192/AB/R, 2001, Informe de OA del 8/10/2001, párrs. 119, 120 y 122, donde expresa: “...por la primera vez, el OA utiliza expresamente el principio de proporcionalidad con motivo de la imputación de un perjuicio grave conforme a las prescripciones del Acuerdo sobre los textiles y el Vestido y se pronuncia sobre la proporcionalidad de las contramedidas en relación con el perjuicio sufrido como consecuencia de un menoscabo de los Estados Unidos a sus obligaciones internacionales”. Sobre este asunto, puede verse: OMC, Informe anual 2001, ps. 113 y 114; informe anual 2002, ps. 99, 100 y 115. En este último informe se expresa que “El OA conformó la conclusión global del Grupo Especial de que la medida de salvaguarda de transición adoptada por los Estados Unidos respecto de las importaciones de hilado peinado de algodón (hilado) procedentes de Pakistán era incompatible con el ATV”.

54. Zaffaroni, Eugenio R., ob. citada, p. 74.

55. Iannello, Pablo, *“Patentes y Medicinas Esenciales - La armonización entre el derecho a la salud y la propiedad intelectual”* Principios y Propiedad intelectual, Heliasta SRL, p. 192.

partir de las excepciones contenidas en el art. XX del GATT, allí se establecen excepciones generales sobre casos específicos en los cuales los miembros de la OMC pueden adoptar medidas incompatibles con las disciplinas del GATT (ej. Las patentes en materia de medicamentos y la salud y la vida de las personas, etc.)

Si bien se trata del principio de proporcionalidad aplicado a una temática distinta a la facultad de punir, muestra cómo la OMC supervisa los acuerdos y la negociación entre las partes y puede limitar el actuar abusivo de la autoridad administrativa.

Volviendo a la proporcionalidad de las penas, es indudable que tiene una gran influencia en las transacciones, pues de no existir genera un peligro en el mantenimiento de los negocios internacionales y en el necesario equilibrio que debe existir entre la ley interna y los compromisos internacionales. Como veremos, la proporcionalidad punitiva se encuentra prevista entre los principios previstos en los tratados⁵⁶, y también en los organismos internacionales.

Patricio Díaz Gavier, señala que no existe un derecho penal aduanero a nivel Unión Europea. Los Estados miembros deben garantizar el alcance y la eficacia del Derecho aduanero. Son competentes para establecer las sanciones que estimen adecuadas⁵⁷. “La realidad es que los Estados miembros se han resistido a los diversos intentos de armonización, sin embargo el autor menciona un esbozo de armonización sobre la base de que las sanciones en caso de incumplimiento de la legislación aduanera comunitaria tienen que respetar los principios generales del derecho y ser efectivas, proporcionadas y disuasorias análogas a las que en

el Derecho nacional se aplican a las infracciones de la misma naturaleza y gravedad”. “Los principios generales del Derecho de la Unión y, en concreto el principio de legalidad de los delitos y las penas se oponen a que las autoridades nacionales apliquen a una infracción aduanera una sanción no prevista expresamente en la normativa nacional⁵⁸. El autor destaca que cuando se imponga una sanción ésta podrá adoptar una de las dos formas siguientes o ambas: a) una carga pecuniaria impuesta por las autoridades aduaneras, incluido, cuando proceda, un pago suplementario que sustituya a la sanción aplicable y b) la revocación, suspensión o modificación de cualquier autorización de la que se beneficie la persona sancionada⁵⁹.

En el Anexo Específico H de la CKR referido a las “Infracciones”, Anexo General, Capítulo 3: “Errores” contiene pautas sobre la proporcionalidad punitiva. Así, expresa que la multa aplicable debe ser en atención gravedad de la infracción y los antecedentes del infractor. También señala la no punibilidad por fuerza mayor, sin fraude. En el punto 3.39, se señala: “La Aduana no impondrá multas excesivas por errores cuando considere que los mismos fueron involuntarios sin intención fraudulenta o grave negligencia. Cuando considere necesario desalentar la repetición de tales errores, podrá imponer una multa, pero la misma no será mayor que lo necesario a tales efectos⁶⁰.”

De ese contexto se podría extraer que la pena aplicable debe atender los antecedentes del infractor y ser proporcional a la gravedad de la infracción. Ahora bien ¿Cómo medir esa gravedad? Dado que en dicho instrumento se tiene en cuenta la grave negligencia y la inten-

56. Zunino, Gustavo “*Los principios reconocidos en los Tratados internacionales y su aplicación a los procedimientos aduaneros*” 4º Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero Cartagena de Indias, Colombia 1 y 20 de junio de 2008, p. 107; Art X del GATT, art 3º) Art. 2 del Acuerdo de origen, p 116.

57. Díaz Gavier, Patricio (Asunto C-213/99, de Andrade, apartados 19-20: Asunto C-91/02 Hannl-Hofstetter, apartados 17-18, Asunto C-36/94, Siesse, ap. 21).

58. Asunto C-546/0, Aurubis, Bulgaria, 40-43 citado por Patricio Díaz Gavier “Características del Derecho Penal Aduanero en la Unión Europea: una breve introducción” VI Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero”, del 13 al 15 de agosto de 2013, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Ed. Errepar, p. 293/4.

59. Véase art. 21 del Proyecto del Código Aduanero de la UE.Com (2012), 64 final 2012/0027 (COD) del 20 de febrero de 2012.

60. Errors 3.39. Standard. The Customs shall not impose substantial penalties for errors where they are satisfied that such errors are inadvertent and that there has been no fraudulent intent or gross negligence. Where they consider it necessary to discourage a repetition of such errors, a penalty may be imposed but shall be no greater than is necessary for this purpose. El Anexo General y el cuerpo de CKR ha sido aprobado en nuestro país (Ley 27.138).

ción fraudulenta, deberá ser en relación con la conducta desplegada por el autor con relación al control aduanero.

Asimismo, aconseja a no imponer multas excesivas en los casos de errores involuntarios o razonables para evitar la reincidencia o bien, no punir cuando mediare fuerza mayor. Tales consideraciones que giran alrededor del concepto de la buena fe, tienen el alcance que le da el art. VIII del GATT, párrafo tercero: “Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular no se impondrán sanciones superiores a las necesarias –por un error u omisión en los documentos presentados a la aduana que pueda ser subsanado fácilmente y que haya sido cometido manifiestamente sin intención fraudulenta...”.

Cabe analizar cómo rigen tales principios en cada uno de los Estados. Dicho de otra forma, es muy importante pues ver los riesgos a los que está expuesto el usuario y la necesidad de que cuente con una defensa y cómo las normas nacionales contrarias ceden al sistema Multilateral de Comercio⁶¹.

En general, los Estados aceptan el principio de proporcionalidad punitiva, pero no lo recogen normativamente, o bien lo hacen de una manera no metódica, por ello que para facilitar su aplicación es conveniente explicar su alcance.

5. Ponencia.

Conforme vimos cuando desarrollamos el camino de la categorización, las dificultades estaban en la unificación de las categorías, más no en el bien a tutelar, que era el control aduanero sobre las importaciones y exportaciones. En consecuencia, la proporcionalidad de las sanciones a imponer podría estar en relación con el grado de afectación del “control aduanero”, que es ese bien común. Según como se afecte ese control, será la gravedad de la san-

ción aplicable⁶². No obstante, hemos visto que si bien los organismos internacionales han ratificado el principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción aduanera, y su importancia para la facilitación del comercio internacional, no se ha podido avanzar en cuanto a la categorización de las conductas punibles.

Por ello, cabe entender que la finalidad del principio de proporcionalidad de la pena es establecer un límite a la discrecionalidad de la autoridad aduanera en la imposición de las sanciones, a la par que desalentar al usuario a que reincida en la transgresión. La pena aplicable, si bien por razones culturales puede variar, deberá pues guardar relación con ese objetivo.

Para finalizar, cabe plantearnos algunas cuestiones prácticas.

Si, por ejemplo, el operador incurre en una inobservancia formal o en un error en la clasificación arancelaria de la mercadería, la autoridad aduanera debe respetar la proporción entre esa conducta y la sanción a imponer.

Es fundamental la relación entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura. La doctrina de la Corte de los Estados Unidos, señala que la igualdad ante la ley consiste en tratar de igual modo a todos los que estén en las mismas circunstancias y desigualmente a los que están en distintas. Cuando el legislador forma categorías distintas para tratarlos desigualmente, la distinción debe ser razonable⁶³. Así, en el comercio internacional no es lo mismo el incumplimiento por parte de un importador o exportador que en el caso de un funcionario aduanero, pues este último tiene un doble deber de cumplimiento, uno general que corresponde a todos los obligados y otro especial, derivado de su función de hacer cumplir la ley.

Al mismo tiempo, se le brindan los recursos para impugnar la sanción impuesta, pues para que el principio de proporcionalidad sea eficaz

61. Hernández, Beatriz E., “La defensa del Usuario aduanero frente a los nuevos riesgos a los que está expuesto”, 6ta. Reunión Mundial de Derecho Aduanero. La actividad aduanera y los retos del futuro. Belo Horizonte 2010, 17 y 18 de agosto de 2010, p. 71.

62. Vamos a dejar de lado para no complicar, pero se podría complementar con la calidad del sujeto que transgrede la norma, pues cuanto más esté ese sujeto vinculado al comercio exterior mayor será el deber de cuidar que ese bien no sea transgredido, en consecuencia, le corresponde mayor pena.

63. Linares, Juan F., “Razonabilidad de las leyes”, ob. cit., p. 151.

se requiere consensuar medios de defensa, esto es, fijar pautas de aplicación y recursos para neutralizar los abusos⁶⁴.

*En cuanto a “Medios de defensa, hoy el mundo les pide dos cosas: imparcialidad y rapidez. Es decir, la justicia tiene que ser imparcial. Y la imparcialidad está en varios tratados internacionales, está en OMA, en la Convención de Kyoto se garantiza la tercera instancia imparcial. Por eso hoy el estado de derecho es una manera de calificar inversiones, no puede estar sujeto a que la justicia o la controversia aduanera, o la controversia de cualquier naturaleza, empiece con la aplicación de una medida que la haga irreparable.”*⁶⁵

Para finalizar, cabe señalar que el reciente Acuerdo internacional de Facilitación del Comercio de Bali, no sólo establece que debe haber una proporción en abstracto entre la infracción y la conducta, sino también en concreto, pues al decir “de acuerdo al hecho y a las

circunstancias del caso”, la autoridad aduanera está obligada a evaluar la situación en particular, pudiendo incluso atenuar la sanción contemplada.

Se advierte pues el acierto de las disposiciones en comentario, al reafirmar la proporción que debe haber entre acción y reacción: Si es menos es insuficiente (y se viola un deber), si es más o excesiva es injusta (y hay abuso de derecho). Ello nos dice de una doble exigencia que alcanza a quien sufre la sanción y a quien la aplica.

Así, la proporcionalidad punitiva esta en relación con el fin buscado (que la conducta prohibida no se vuelva a cometer), y para superar los aspectos culturales, cabría dejar que cada Estado interprete su alcance. Esto es, la aplicación de una medida disuasoria según como afectó ese control sobre el tráfico internacional de las mercaderías.

64. En Argentina, vemos que la Aduana en muchos casos deja de ser un servicio para facilitar el comercio internacional, como indica el Código Aduanero, y aplica medidas disciplinarias abusivas, a la par que los medios de defensa son tardíos, transformándose en verdaderos anticipos de pena.

65. Rohde Ponce, Andrés, ob. cit., p. 353.