

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Secretaría de Posgrado



Especialización Derecho Aduanero

"Infracciones Aduaneras VS Delitos aduaneros"

Año: 2019

Director Propuesto: Dr. Harry Schuring

Alumna: Dra. Melina Elizabeth Romani

Título al que se aspira: Especialista Derecho Aduanero.

Fecha de presentación: 30 de Septiembre de 2019

Índice

Capítulo I

Presentación.....	1
-------------------	---

Capítulo II

Marco Teórico

1.- Reseña Histórica:.....	3
2.- Marco Legislativo:.....	13
3. -Interpretaciones doctrinarias.....	19
4. -Soluciones Jurisprudenciales.....	38

Capítulo III

Conclusiones.....	43
-------------------	----

Capítulo IV

Bibliografía y fuentes de consulta.....	45
---	----

CAPÍTULO I.

PRESENTACIÓN:

Este trabajo tiene como eje la dificultad encontrada durante el curso de la especialidad, al momento de diferenciar con claridad, la sanción aplicable – **infracción o delito**- frente a la comisión de una conducta reprochable de un individuo.

La legislación actual genera dudas, al momento de enmarcar un hecho de autoría de un sujeto que desvía el debido control aduanero.

Con el problema descrito, se pretende hallar posibles soluciones a esos vacíos legales en base al estudio de doctrina y jurisprudencia nacional que arroja luz sobre esas lagunas.

Inicialmente se hará un breve recorrido histórico y legislativo a modo de prefacio, lo cual marca lineamientos básicos para poder avanzar y comprender mejor la situación actual.

En ese orden de ideas, a posteriori se realiza un enfoque integrador de conceptos que aclaran y delimitan el ámbito espacial y de actuación en el Derecho Aduanero.

Y finalmente se arriba a una conclusión propia en base a la doctrina citada; reflexionando sobre ésta problemática y sus posibles soluciones legales contenidas en la doctrina analizada.

CAPITULO II:
MARCO TEÓRICO

1.- RESEÑA HISTÓRICA:

A) La institución Aduanera:

La Aduana Argentina es una de las más antiguas de nuestro país, para sus comienzos debemos remontarnos a la época "colonial" Española.

Desde sus inicios ha sido una entidad recaudadora y proveedora de recursos económicos para el estado. De hecho, inicialmente fue una de las fuentes de recursos de España en la región.

Históricamente se reconoce como como el antecedente más antiguo de la actividad aduanera de la región, las disposiciones contenidas en la *Cédula Real* del Emperador Carlos V del 19 de julio de 1534, mediante la cual licenció a Don Pedro de Mendoza, a emprender la conquista y "*poblar las tierras y provincias que hay en el río de Solís que llaman de La Plata*".

El 1° de junio de 1586, se considera – primer registro oficial que se conserva como la fecha en que se realizó la primera operación aduanera.

Ese registro corresponde al ingreso de mercaderías por parte del buque "*Nuestra Señora del Rosario*", el cual procedía de Brasil cuya titularidad era de Don Alfonso Vera.

En conmemoración de esa fecha, mediante Resolución Nro. 792/62, se instauró el "Día de la Aduana".

El monopolio comercial impuesto por España durante el siglo XVI afectó el crecimiento al Río de la Plata, ello por cuanto limitaba el comercio, en cuanto a la variedad de productos y obviamente estaba contenido por la demanda y requerimientos del imperio.

Recién a partir de 1776 España creó el Virreynato y permitió que Buenos Aires comercializara libremente sus productos con los Virreynatos del Perú, Nueva España, Nueva Granada y Guatemala.

En 1777 el primer Virrey, Don Pedro de Zeballos, autorizó el libre comercio entre el Río de la Plata y los puertos españoles, comenzando la reactivación comercial de Buenos Aires. En 1778 se crea la Real Aduana en esta ciudad.

La revolución de mayo de 1810, trajo aires renovados a la actividad, ya que la Junta de Gobierno impulsó medidas que aseguraron la libertad de comercio irrestrictas. Estos cambios a su vez, desencadenaron la creación y reorganización de instituciones administrativas, a los efectos de poner a tono a la Aduana con la época y las ideas del liberalismo filosófico y político imperante a comienzo del siglo XIX.

Los subsiguientes gobiernos de la joven patria, paulatinamente fueron mejorando los servicios aduaneros, impulsaron medidas a fin de combatir el contrabando y asegurar la recaudación tanto nacional como provincial, dado que existían aduanas interiores.

A partir de 1826 se inició un proceso tendiente a unificar todas las aduanas – las provinciales-, el cual recién en 1852, después de la caída de Rosas, dio sus frutos. El Acuerdo de San Nicolás, determinó que los impuestos de aduana en las importaciones y exportaciones tendrán carácter nacional y que las mercaderías de origen extranjero, una vez nacionalizadas, podrán transitar libremente de una provincia a otra.

Aun así la institución aduanera ha recibido diferentes denominaciones (1), a saber:

1877: Dirección General de Rentas

1931: Dirección General de Aduanas

1947: Administración General de Aduanas y Puertos (Ley Nro. 12964)

1949: Dirección Nacional de Aduanas (Decreto Nro. 8803)

1963: Aduana de la Nación (Ley Nro. 6087)

1969: Administración Nacional de Aduanas (Decreto Nro. 6979)

1997: Dirección General de Aduanas (Decreto Nro. 618/97):

En 1997, el Decreto 618 dispuso que la Administración Nacional de Aduana (ANA) pasara a ser la Dirección General de Aduanas, organismo integrante de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

La Constitución Nacional de 1853 determinaba las atribuciones del Congreso a través de disposiciones que incumben a la materia aduanera:

Art 64 inc. 1: Legislar sobre las Aduanas exteriores y establecer los derechos de importación y exportación que ha de satisfacerse en ellas.

Art. 64 inc. 9: Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar por puertos que considera convenientes y crear y suprimir Aduanas.

Art. 64 inc. 12: Reglar el comercio marítimo de las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.

Esa misma Carta Magna de 1853, contiene otras disposiciones relacionadas con la temática aduanera como ser la “libre navegación de los ríos de la Nación para todas las banderas” y la prohibición a las provincias de crear aduanas provinciales.

La reforma constitucional de 1860 alcanzó varias de las disposiciones aduaneras contenidas en la Constitución originaria. También añadió otros preceptos, que a su vez, obligó a la comisión redactora del Código Aduanero se ajustara a las mismas.

Los más relevantes son los siguientes:

Art. 4: El producto de los derechos de importación y exportación debe ingresar al tesoro de la nación.

Art. 9: Todas las Aduanas son nacionales. El congreso de la Nación establece las tarifas aplicables a ellas.

Art. 10: Prohibición de establecer Aduanas interiores. Prohibición de gravar la circulación de mercaderías nacionales o nacionalizadas dentro del país.

Art. 11: Prohibición de gravar con derechos el tránsito interprovincial de mercaderías.

Art. 12: Prohibición de gravar con derechos el tránsito interprovincial de buques e igualdad de puertos.

Art. 14: Libertad de comerciar de entrar, transitar y salir del país para los habitantes de la nación.

Art. 16: Igualdad ante la ley. Igualdad ante el tributo.

Art. 17: Inviabilidad de la propiedad. Sólo el Congreso de la Nación se encuentra facultado para imponer derechos aduaneros. Principio de legalidad.

Art. 18: Principio de tipicidad "no hay delito ni pena sin ley anterior que los prevea.

Art. 20: Derechos de los extranjeros a comerciar y navegar los ríos. Prohibición de establecer contribuciones forzosas extraordinarias por su condición de extranjeros.

Art. 25: Fomento de la Inmigración. Prohibición de gravar con tributos la entrada al país de los extranjeros que vengán a trabajar.

Art. 26: Libre navegación de los ríos interiores de la Nación, para todas las Naciones.

Art. 27: Obligación del poder ejecutivo de afianzar sus relaciones comerciales con los demás países.

Art. 31: Las leyes de la Nación y los tratados como fuente formal de derecho.

Art. 52 (ex 44): Prerrogativa de la Cámara de Diputados en la consideración de los proyectos de leyes de contenido tributario.

Art. 75 (ex 67): Dentro de las atribuciones del Congreso se encuentran las de:

-inc. 1: legislar en materia aduanera y establecer derechos de importación y exportación. Uniformidad de los derechos aduaneros en

toda la Nación así como las evaluaciones, es decir, los criterios o base imponible para calcular los derechos aplicables en cada caso.

-inc. 10: crear y suprimir aduanas.

-inc. 13: reglar el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí. -inc. 16: Seguridad de las fronteras.

-inc. 18: Promover la inmigración, la introducción y el establecimiento de nuevas industrias y la importación de capitales extranjeros. Otorgar concesiones temporarias de privilegios y recompensas de estímulos.

Art. 99 (ex 86): Trata sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo y las facultades del Presidente de la Nación, a saber:

-inc. 1: el presidente de la Nación es el Jefe de la Administración Pública.

-inc. 5: el presidente de la Nación puede indultar y conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal.

-inc. 10: el Presidente supervisa la facultad del jefe de ministros con respecto a la recaudación de las rentas de la Nación.

-inc. 11: el presidente puede Concluir y firmar tratados de comercio y navegación de límites y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las naciones extranjeras.

Art. 126: En relación a los gobiernos de provincia, se prohíbe que estas establezcan aduanas provinciales.

B) Legislación Aduanera Anterior al Código:

La historia legislativa aduanera posee una gran cantidad de leyes que fueron incorporándose de acuerdo al contexto histórico.

Sancionada la Constitución Nacional en 1853 y reformada en 1860, La Argentina comenzó con el proceso de organizarse jurídicamente, y esto se sustancia a través de los diferentes códigos y leyes básicas.

Desde 1860 a la fecha han existido innumerables leyes relacionadas con la aduanas.

En la línea histórica según su contenido e importancia, el primer gran paso normativo de legislación aduanera, fueron las ordenanzas de aduana, que se sancionaron en 1866 como Ley N°181.

Diez años más, en 1876, esa ley fue reformada mediante la ley N° 810, esta norma posee seis secciones y 1.079 artículos.

Las diferentes secciones organizan las aduanas y sus operaciones, documentación y trámites aduaneros, operaciones comerciales en buques de guerra, náufragos y privilegiados, de la navegación, penalidades y sus procedimientos etc. Se pretendió dar uniformidad a un sinnúmero de leyes y decretos provinciales y normativa proveniente de la época colonial.

Este fue el primer gran ordenamiento nacional relacionado con la de legislación aduanera. Su autor de esa legislación Cristóbal Aguirre, primer Administrador Nacional de Rentas.

A partir de 1862 se empezó a legislar una ley de aduanas por año, incorporándose a las ordenanzas de Aduana, toda vez que esta ley anual fijaba los aranceles de importación, que por lo general consistía en un 25% *ad valorem* (derecho ad-valorem es aquel que se calcula aplicando un porcentual sobre el valor en aduana de las mercaderías art. 640 C.A.).

En 1894 con la ley 3050 se incorpora la pena corporal para el delito de contrabando, confirmándose al año siguiente con una sanción de un mes a un año de prisión.

Desde 1905 hasta 1923, el país vivió una época de prosperidad económica regulándose el comercio internacional con la ley de aduana 4933, pero en 1923 se sanciona la ley 11.281 por lo cual se aumentan los derechos de importación implicando una tendencia alcista que perduró muchos años.

Evidentemente la legislación aduanera sufría reformas constantes quedando disperso todo ese bagaje legislativo, implicando ello que en 1955 se ordenara ese conjunto de disposiciones en la ley 14931.

En 1962 la historia se repite y se sanciona un nuevo ordenamiento, pero esto no fue obstáculo para que sigan dictando disposiciones en la materia, volviendo

a la dispersión, debiendo quedar en claro que la ley de aduana de 1923 (11281) fue objeto de reagrupamiento en tres oportunidades; 1941, 1956 y 1962, conviviendo dos ordenamientos paralelos (las ordenanzas y la ley de aduanas) sufriendo los mismos las sucesivas reformas precedentemente aludidas. En materia penal aduanera el decreto 6660/63 determinó la competencia judicial para el delito de contrabando, asimismo previo a la sanción del Código Aduanero (ley 22.415). Se legisla en materia de estímulos a la exportación, limitación de franquicias otorgadas a los equipajes, derechos antidumping, importaciones temporales etc. Como se puede apreciar, atento a la dispersión reinante de la normativa aduanera, era necesario elaborar un cuerpo organizado de normas armónico y moderno capaz de regular en forma sistemática la materia aduanera hecho que no fue fácil en virtud del gran dinamismo que esta disciplina posee, pero no obstante, se logró con la sanción del Código Aduanero Argentino mediante ley 22.415, promulgada en Marzo de 1981 y entrando en vigencia en septiembre de ese mismo año.

C) Fuentes del Código Aduanero::

a) Nacionales:

Las fuentes nacionales a que la comisión redactora del C.A. recurrió con mayor frecuencia fueron las ordenanzas de aduana, y la ley de Aduanas de 1962 con sus modificatorias y complementarias.

En lo que respecta a los agentes del Servicio Aduanero y facultades de la Administración Nacional de Aduanas nuestro C.A. se basó en la ley 22.091 de “autarquía aduanera” Así como diversas normas que regulaban la actividad de los auxiliares del Servicio aduanero, es decir, de los Despachantes de Aduana, Agentes de transporte aduanero e importadores y exportadores.

Asimismo se tuvieron en cuenta los decretos que regulaban el despacho de equipajes, franquicias diplomáticas, subasta de mercadería, jurisdicción en materia de contrabando etc.

Los Códigos Penal, Civil, Comercial, ley de procedimientos Administrativos, ley de procedimientos tributarios, influenciaron de manera directa sobre las disposiciones penales y procedimentales del Código Aduanero.

b) Extranjeras:

Una de las fuentes extranjeras que fue utilizada por el CA es la “Convención de Kioto” (1973) desarrollada en el Marco del Consejo de Cooperación Aduanera, en ella se trata sobre “*limitación y armonización de regímenes aduaneros*”. En esta convención se buscó unificar los regímenes aduaneros, toda vez que la simplificación y unificación de los mismos evitaban el entorpecimiento legal vigente. El CA adquiere de esta, las definiciones de “mercaderías”, “importación”, “exportación”. También temas tales como: el ámbito espacial, destinación de importaciones, etc.

También tomo como base el G.A.T.T. (antecedente de la OMC) que es un “acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio”, que desarrollaba las técnicas de valoración en aduanas de mercaderías (definición del valor de transacción ley 23.311).

Otro antecedente importante son las recomendaciones aceptadas por Argentina del Consejo de Cooperación Aduanera -organismo Internacional encargado de realizar convenciones y recomendaciones relacionadas con la materia aduanera-

c) Ley N° 22.091:

La ley de autarquía (ley 22.091) es una ley complementaria del Código Aduanero.

La organización administrativa y presupuestaria para el funcionamiento de la Administración Nacional de Aduanas, se encuentra basadas en ella.

Ambas -ley de autarquía y el CA- colocan al frente de la Administración Nacional de Aduanas un administrador Nacional y un Subadministrador Nacional, a quienes se les asigna funciones específicas para cumplir con los objetivos de la Aduana (art. 23 del C.A. y 6 de la ley 22091).

D) Código Aduanero: Ley 22415 y su reglamentación:

Lo dispersa que ha sido la legislación aduanera en todos los tiempos, complicaba a los especialistas económicos y al numerario aduanero mismo, fue necesario simplificar, reuniendo las disposiciones, propiciando la sistematización y armonización de los grandes temas del derecho aduanero en

un cuerpo legislativo y esto se logró a través de la codificación del derecho aduanero. El decreto reglamentario reglamenta varios artículos del Código Aduanero, su importancia radica en las normas que refieren a los auxiliares del Servicio Aduanero, arribo de mercaderías según el medio de transporte a utilizar, almacenamiento de mercaderías, entrada y salida de automotores, régimen de equipajes, rancho, pacotilla, régimen de muestras etc.

La A.N.A. dicta resoluciones que completan y reforman la actividad referente al tráfico internacional de despacho de mercaderías, control y verificación de mercaderías en importación y exportación, selectividad de canales, cobro de reintegros, régimen de garantías, etc. Debido a ese caudal de resoluciones anualmente se emite un boletín de repartición en el cual se encuentran las normas en vigencia.

El Código Aduanero (CA) se sanciona, promulga y publica el 2 de marzo de 1981 a través de la ley 22.415, y se reglamentó por el Decreto 1001 del año 1982. El Código Aduanero consta de un título preliminar con 16 secciones y 1991 artículos.

Actualmente la ley 22415 es complementada y modificada por 613 normas, de las cuales la mayoría son resoluciones dentro de la misma aduana que a la complementan y otras leyes que la modifican:

<http://servicios.infoleg.gob.ar>

La Aduana actualmente se estructura de acuerdo al Decreto 618/1997 – también completada y modificada por 112 normas:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=44432>

“Organización y Competencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)” determina: *Art. 2°.-La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS actuará como entidad autárquica en el orden administrativo, en lo que se refiere a su organización y funcionamiento, según*

las normas del presente decreto, bajo la superintendencia general y control de legalidad que ejercerá sobre ella el MINISTERIO DE ECONOMIA.

A tales fines, su patrimonio estará constituido por todos los bienes que le asigne el Estado Nacional y por aquellos que le sean transmitidos o adquiera por cualquier causa jurídica, quedándole afectados íntegramente los bienes propios o los cedidos en uso, créditos, derechos y obligaciones de la ADMINISTRACION NACIONAL DE ADUANAS y de la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL queda facultado para transferir sin cargo los inmuebles en uso por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS y que son de propiedad del Estado Nacional.

Sin perjuicio de la indivisibilidad de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS como ente administrativo y sujeto de derecho, las Direcciones Generales que dependen de ella se distinguirán con las siglas DGA (Dirección General de Aduanas) y DGI (Dirección General Impositiva), respectivamente.

Las siglas referidas, precedidas por la sigla AFIP (ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS), serán utilizadas en toda documentación o mención oficial que se refiere a dichas Direcciones.

La fiscalización de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS se regirá por las disposiciones de la Ley N° 24.156.

(Por art. 2° del Decreto N° 90/2001 B.O. 29/01/2001 se estableció que donde decía "MINISTERIO DE ECONOMIA OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS" debe entenderse "JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS". Se aclara, sin embargo, por art. 4° que sin perjuicio de ello el Ministerio de Economía ejercerá el control de legalidad sobre la Administración Federal de Ingresos Públicos de

acuerdo a lo establecido en el presente artículo. Posteriormente por art. 3° del Decreto N° 617/2001 B.O. 15/5/2001, el Decreto N° 90/2001 fue abrogado y transferida la AFIP al ámbito del Ministerio de Economía.)

2. MARCO LEGISLATIVO:

A) Marco Teórico Legal:

a) Código Aduanero:

A continuación y a los efectos que el presente trabajo se baste así mismo, se transcriben las normas del CA, que contienen relación a delitos e infracciones aduaneras:

i). Infracciones:

Artículo 892. - A los efectos de este código, el término infracción se equipara al de contravención.

Artículo 893. - Se consideran infracciones aduaneras los hechos, actos u omisiones que este Título reprime por transgredir las disposiciones de la legislación aduanera. Las disposiciones generales de este Título también se aplicarán a los supuestos que este código reprime con multas automáticas.

Artículo 894. - La calificación de un hecho como infracción aduanera requiere que, previamente a su realización, se encuentre previsto como tal en las disposiciones de este código.

Artículo 895.- En materia de infracciones aduaneras no cabe la incriminación por analogía.

Artículo 896. - La norma que rige específicamente el caso desplaza a la que lo pudiera comprender en forma genérica.

Artículo 897. - Nadie puede ser condenado sino una sola vez por un mismo hecho previsto como infracción.

Artículo 898. - Salvo disposición especial en contrario, en caso de duda deberá estarse a lo que fuere más favorable al imputado.

Artículo 899. - Si la norma penal vigente al tiempo de cometerse la infracción fuere distinta de la que estuviere vigente al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará la que resultare más benigna al imputado. No surtirá ese efecto la que modificare el tratamiento aduanero o fiscal de la mercadería.

Artículo 900. - Para establecer cuál es la norma penal más benigna se debe comparar la totalidad del contenido de las normas penales de las leyes cuya aplicación correspondiere.

Artículo 901. - Los efectos de la norma penal más benigna se operarán de pleno derecho, pero no alcanzarán a aquellos supuestos en que la resolución condenatoria se encontrare firme, aun cuando no se hubiere cumplido la pena.

Artículo 902. - 1. No se aplicará sanción a quien hubiere cumplido con todos los deberes inherentes al régimen, operación, destinación o a cualquier otro acto o situación en que interviniere o se encontrare, salvo los supuestos de responsabilidad por hecho de otro previsto en este código.

2. La ignorancia o el error de hecho o de derecho no constituyen eximentes de sanción, salvo las excepciones expresamente previstas en este código.

Artículo 903. - Las personas de existencia visible o ideal son responsables en forma solidaria con sus dependientes por las infracciones aduaneras que éstos cometieren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Artículo 904. - Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por alguna infracción e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuere satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán solidariamente con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición.

Artículo 905. - Cuando un menor que no hubiere cumplido 14 años de edad cometiere un hecho que constituyere infracción aduanera no será personalmente responsable. En este supuesto, responderá aquél a cuya guarda o cuidado se encontrare el menor al momento de cometerse la infracción.

Artículo 906. - Cuando un menor que fuere mayor de 14 y no hubiere cumplido 18 años de edad cometiere un hecho que constituyere infracción aduanera responderá solidariamente con aquél a cuya guarda o cuidado se encontrare al momento de cometerse la infracción, sin perjuicio del derecho de este último a repetir del menor el importe pagado.

Artículo 907. - El importador o el exportador será responsable por toda infracción aduanera que el despachante de aduana, sus apoderados o dependientes cometieren en ejercicio o con ocasión de sus funciones, en forma solidaria con éstos.

Artículo 908. - El despachante de aduana que cometiere una infracción aduanera en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 36, apartado 1, es responsable de las sanciones correspondientes, salvo que probare haber cumplido con las obligaciones a su cargo. En este último supuesto, la persona representada será responsable por la infracción aduanera cometida.

Artículo 909. - En toda infracción aduanera cometida por el transportista o por las personas por las cuales debiere responder el mismo, el servicio aduanero podrá dirigir la acción respectiva contra el agente de transporte aduanero que lo representare. En este último supuesto si el agente de transporte aduanero fuere una persona de existencia ideal no se aplicará a su respecto lo previsto en el artículo 904.

Artículo 910.- Salvo el Estado nacional, las provincias, las municipalidades y sus respectivas reparticiones centralizadas, las entidades estatales, cualquiera fuere la forma jurídica que adoptaren, no gozan de inmunidad alguna en materia de responsabilidad por infracciones aduaneras.

ii) Contrabando:

Artículo 862. - Se consideran delitos aduaneros los actos u omisiones que en este Título se reprimen por transgredir las disposiciones de este código.

Artículo 863.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño,

el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones.

Artículo 864.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a OCHO (8) años el que:

a) Importare o exportare mercadería en horas o por lugares no habilitados al efecto, la desviare de las rutas señaladas para la importación o la exportación o de cualquier modo la sustrajere al control que corresponde ejercer al servicio aduanero sobre tales actos;

b) Realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación;

c) Presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales y específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener, respecto de la mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere;

d) Ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o de su exportación;

e) Simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduanera de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico.

Artículo 865.- Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando:

a) Intervinieren en el hecho TRES (3) o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice;

b) Interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo;

c) Interviniere en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice un funcionario o empleado del servicio aduanero o

un integrante de las fuerzas de seguridad a las que este Código les confiere la función de autoridad de prevención de los delitos aduaneros;

d) Se cometiere mediante violencia física o moral en las personas, fuerza sobre las cosas o la comisión de otro delito o su tentativa;

e) Se realizare empleando un medio de transporte aéreo, que se apartare de las rutas autorizadas o aterrizare en lugares clandestinos o no habilitados por el servicio aduanero para el tráfico de mercadería;

f) Se cometiere mediante la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera;

g) Se tratare de mercadería cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta;

h) Se tratare de sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866 que por su naturaleza, cantidad o características, pudieren afectar la salud pública;

i) El valor de la mercadería en plaza o la sumatoria del conjunto cuando formare parte de una cantidad mayor, sea equivalente a una suma igual o superior a PESOS TRES MILLONES (\$ 3.000.000).

Artículo 866: Se impondrá prisión de tres (3) a doce (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos. Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados o precursores químicos, que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional.

Artículo 867.- Se impondrá prisión de cuatro (4) a doce años en cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se tratare de elementos nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la

seguridad común salvo que el hecho configure delito al que correspondiere una pena mayor.

Artículo 868.- Será reprimido con multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000):

a) El funcionario o empleado aduanero que ejercitare indebidamente las funciones de verificación, valoración, clasificación, inspección o cualquier otra función fiscal o de control a su cargo, siempre que en tales actos u omisiones mediare negligencia manifiesta que hubiere posibilitado la comisión del contrabando o su tentativa;

b) El funcionario o empleado administrativo que por ejercer indebidamente las funciones a su cargo, librare o posibilitare el libramiento de autorización especial, licencia arancelaria o certificación que fuere presentada ante el servicio aduanero destinada a obtener un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere, siempre que en el otorgamiento de tales documentos hubiere mediado grave inobservancia de las disposiciones legales específicas que lo regularen.

Artículo 869.- Será reprimido con multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000) quien resultare responsable de la presentación ante el servicio aduanero de una autorización especial, licencia arancelaria o certificación que pudiere provocar un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere o de algún documento adulterado o falso necesario para cumplimentar una operación aduanera, siempre que se tratare de un despachante de aduana, un agente de transporte aduanero, un importador, un exportador o cualquier otro que por su calidad, actividad u oficio no pudiere desconocer tal circunstancia y no hubiere actuado dolosamente.

Artículo 870.- Los importes previstos en la escala penal de los artículos 868 y 869 se actualizarán anualmente, en forma automática, al 31 de octubre de cada año, de conformidad con la variación de los índices de precios al por mayor (nivel general) elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos o por el organismo oficial que cumpliera sus funciones. Esta actualización surtirá efectos a partir del primero de enero siguiente.

iii) Tentativa de contrabando

Artículo 871.- Incorre en tentativa de contrabando el que, con el fin de cometer el delito de contrabando, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.

Artículo 872. - La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado.

Artículo 873. - Se considera supuesto especial de tentativa de contrabando la introducción a recintos sometidos a control aduanero de bultos que, individualmente o integrando una partida, contuvieren en su interior otro u otros bultos, con marcas, números o signos de identificación iguales o idóneos para producir confusión con los que ostentare el envase exterior u otros envases comprendidos en la misma partida. El responsable será reprimido con la pena que correspondiere al supuesto de contrabando que se configurare.

3.- INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS:

A) Dos Figuras Ilícitas: Contraposición entre delitos e infracción: responsabilidad objetiva y subjetiva (Culpabilidad: ¿dolo o culpa?)

Para incorporarnos en el tema elegido, voy a delimitar los ilícitos aduaneros cuya estructura cambia de acuerdo a la responsabilidad y en su caso al accionar del sujeto, el perjuicio fiscal y el bien jurídico tutelado, en todos los casos.

a) Infracciones Aduaneras:

i) Concepto:

Se consideran infracciones aduaneras los hechos actos u omisiones que se reprimen por transgredir las disposiciones de la legislación aduanera respectiva (art. 893 CA). Como señala la exposición de motivos del CA, la delimitación del ámbito de la infracción se produce por un lado, mediante la relación de los

deberes que han de observarse en los distintos regímenes, destinaciones operaciones o situaciones en los que el administrado puede intervenir o encontrarse; por otro lado a través de la tipificación de las figuras punibles, que tiene por finalidad preservar el cumplimiento de esos deberes. Su incumplimiento constituye infracción.

Las Infracciones aduaneras implican una vulneración de grado menor al bien jurídico tutelado por el código aduanero, esto es, el debido control aduanero sobre las importaciones y exportaciones. A efectos de superar un problema terminológico el código ha precisado que el termino infracción se equipara al termino contravención (Art.892 CA).

Tal equiparación terminológica obedece a que en la doctrina no hay acuerdo en cuanto a si se trata de dos expresiones que significan lo mismo o si la infracción tiene un alcance más amplio que puede comprender incluso al delito, el que podría ser considerado una infracción mayor.

En Argentina, en el ámbito aduanero la expresión “infracción” siempre se ha empleado en lugar de “contravención” tradición que se ha considerado importante mantener en el código aduanero. El convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros de “Kioto” en su anexo 2, ha definido a las infracciones aduaneras como “cualquier vulneración o tentativa de vulneración de la legislación aduanera”. A la vez que indicó que cada país será el que determine las infracciones aduaneras y a titulo general cualquier opción u obstrucción que se haga a la aduana en el cumplimiento de la medidas de control que haya de efectuar, así como la presentación a las autoridades aduaneras de facturas u otros documentos falsos.

En materia infraccional, el código aduanero importó un avance significativo con relación a las ordenanzas de aduana en el aspecto metodológico y también en lo que respecta a la definición de los tipos. En las ordenanzas, las disposiciones se incluían respecto de cada operación aduanera, lo que

indudablemente generaba repetición de tipos infraccionales, un exceso casuístico. También existía una laguna en lo concerniente a los principios generales.

ii) Declaración inexacta. Responsabilidad. Evolución.

Dentro de los tipos infraccionales uno de los más paradigmáticos e inciertos-en cuanto al encuadre sancionatorio- se encuentra las declaraciones inexactas.

El bien Jurídico Tutelado que esta figura protege es la veracidad y exactitud de las declaraciones referentes a mercaderías que son objetos de importación y/o exportación en las que hay un deber jurídico del declarante ante el fisco, respecto de la veracidad de lo manifestado. Lo que se tutela es el principio básico de la veracidad y la exactitud de la manifestación o declaración de la mercadería objeto de una operación o destinación aduanera, regulándose un régimen punitivo que comprende las diferencias y declaraciones inexactas que pueden cometerse en el curso de las distintas operaciones o destinaciones aduaneras. Según Juan Carlos Bonzón Rafart, en su sección de doctrina consultada, pagina 28, considera “...*que la opinión de los redactores del CA debe ser debidamente interpretada, en el sentido que el principio básico de la veracidad y exactitud se relaciona con el llamado: “despacho en confianza” que a su vez tiene que ver con la imposibilidad fáctica de la aduana de controlar todas las mercaderías que se despachan. De ello se deduce que la falta de veracidad o inexactitud en las declaraciones, atenta contra el debido control aduanero, que es el bien jurídicamente protegido tanto por el contrabando como por las infracciones aduaneras*”

Teniendo en cuenta lo expuesto y sobre casos concretos, adhiero a lo sostenido y analizando por Juan P. Cotter en su obra “*Las Infracciones Aduaneras*”, pagina 153, allí el autor analiza el fallo de la Cámara Nacional Contenciosa Administrativa Sala 2 Shell CAPSA S/DGA del 3 de julio de 2000, y se interroga sobre si corresponde endilgar responsabilidad a un importador,

cuando su declaración inexacta está basada exclusivamente en la información suministrada por el exportador, o bien existen diferencias en la mercadería embarcada, por un error del embarcador. Para este autor *“...el error del exportador no constituye una circunstancia exculpatoria válida, visto que las circunstancias comerciales entre comprador y vendedor son inoponibles al servicio aduanero”*.

Cotter también cuestiona que el importador pueda exculparse –de una declaración inexacta- por su imposibilidad de verificar la mercadería antes del arribo de ésta, ya que el no verificarlo habría sido *“...un mecanismo elegido del importador que tiene por finalidad agilizar los trámites aduaneros”*. Lo cierto es que, y en esto también adhiero, en la práctica esas verificaciones son de imposible realización, lo cual torna reprochable al fallo: *“Consideramos que las conclusiones del fallo merecen alguna revisión. La sanción requiere un mínimo grado de culpa para resultar ajustada. Como hemos visto, la imposición de una pena no sólo está condicionada a la realización de una acción típica y antijurídica, sino que además requiere que el autor sea culpable, y este requisito de culpabilidad se cumple cuando se puede reprochar al autor la comisión del hecho. En el caso analizado, resulta difícil aceptar la reprochabilidad de la conducta del importador. Compró una mercadería y luego documentó su importación, conforme las especificaciones recibidas desde el exterior, en un todo de acuerdo con las que antes fueran pautadas al definir la operación comercial. Entendemos que no existe otra conducta exigible al documentante. Documentó la operación aduanera de acuerdo con las circunstancias inherentes a la operación comercial y con las especificaciones documentales (por ejemplo, factura comercial, lista de empaque, documentación de transporte, intervenciones previas del país de expedición, certificados de origen emitidos en el país de expedición, documentos emitidos por medidores independientes, etc.)...”*

En el caso, el importador cumplió con sus obligaciones, ya que documentó la mercadería ingresada en forma conteste con la información brindada por su

exportador –la cual debió haber sido en su oportunidad también controlada por el servicio aduanero- lo que a su vez implica que esa mercadería fue la efectivamente cargada. Cotter no vislumbra una actitud reprochable del importador, y sostiene: *“Resulta difícil imaginar que se pueda exigir al importador una conducta diferente. Tampoco vemos razonable suponer que el importador deba realizar una toma de contenido con carácter previo a la declaración”....“Resulta entonces difícil exigir al importador la exactitud de la declaración, si éste no tuvo ningún indicio en función del cual hubiera podido advertir que en el embarque se generó un error y no se cargó la mercadería antes comprada por el importador, luego individualizada en la declaración”.*

Y agrega en abono: *“Nótese que el error puede incluso deberse a una estafa del embarcador o exportador. El importador “estafado” en su buena fe, a quien le envían mercadería por menor cantidad o de menor calidad, además aparece sancionado por la Aduana, cuando desplegó la conducta debida en función del análisis esperable de los hechos”*

El fallo contiene el criterio de responsabilidad objetiva, aun cuando éste ha sido superado por el Código Aduanero, que adhiere a la responsabilidad subjetiva. Con ese norte, y configurado el tipo infraccional, pesará sobre el imputado acreditar –quien por todos los medios disponibles- la irreprochabilidad de su conducta.

Luego con ese perfil, la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 20/3/2003 “Nidera S.A. c/ DGA” Fallos 326-.708, se inclinó por el criterio de la responsabilidad subjetiva.

Allí absolvió al importador por considerar que si bien se configuraba el tipo, la conducta desplegada no merecía reproche.

No obstante ello existe una diferencia en el caso “Nidera”, la cual es visibilizada por Juan Patricio Cotter: *“...en Nidera la responsabilidad de los hechos investigados se determinó en cabeza del agente de transporte, auxiliar del servicio aduanero y sujeto en relación directa con la Aduana y, en el otro caso*

analizado, la responsabilidad estaría en cabeza del cargador, sujeto sin relación con el servicio aduanero y, por lo tanto, un sujeto a quien la Aduana no puede reclamar el pago de multa alguna.”

Entiendo así, que la diferencia de criterios podría tener un basamento recaudatorio por encima del análisis de responsabilidad. Lo cual resulta riesgoso, ya que nos veríamos ante fallos arbitrarios e injustos. Cotter entiende que: *“...lo relevante es la correcta delimitación del ámbito de responsabilidades, a la vez que la clara determinación de la reprochabilidad de la conducta desplegada por cada sujeto, con independencia de la relación que pudiera tener el eventual responsable con la Aduana y la posibilidad o imposibilidad de éste de aplicar una sanción.”*

Finaliza su análisis poniendo en relieve la complejidad del tema, cuestión que comparto debido a que ha sido columna de este trabajo.

iii) A continuación, enumero distintos elementos que describen las características de este tipo infraccional:

“Tipicidad”: Cuando una declaración respecto de las destinaciones aduaneras de importación o exportación es distinta a la comprobación realizada por la Aduana, y que produzca o pueda producir, alguno de los supuestos previstos en los tres incisos del art 954 del cuerpo legal.-

El art. 321 del código aduanero dispone que la declaración contenida en la solicitud de destinación de exportación es inalterable una vez registrada y no se haya rectificado; ampliado o modificado por el interesado.-

“Inexacta”: Es el contenido de la declaración, lo que implica la diferencia entre lo manifestado y lo realmente verificado por el servicio aduanero. Esa inexactitud puede referirse a la naturaleza, especie, calidad, peso, cantidad o precio de la mercadería que se trate lo que configura la infracción que se

reprime por el artículo antes mencionado (954 inc. c). Debe existir una diferencia y que la misma se origine en una declaración incorrecta, ya que dicho artículo sanciona a quien, ante el servicio aduanero, efectúe una declaración incorrecta.- O sea que la declaración, que debe ser previa, no debe ser ajustada a la realidad, es decir: “inexacta”

Lo típico resulta de la diferencia que exista entre la declaración comprometida aduanera y la verificación de la mercadería que practica el servicio aduanero.-

“Incompleta”: en ésta se omite algún dato de la mercadería –insuficiencia-, pero no tipifica esta infracción dicho incumplimiento. Si existe una declaración incompleta el servicio aduanero no le dará curso hasta que se subsane dicha carencia.

La infracción se “consume” no sólo cuando se “produce el daño”, sino cuando existe la posibilidad de su producción, es decir “la tentativa”, por lo cual se está ante una *infracción de peligro*; que no requiere de su resultado para que se consume la misma, ya que basta con la potencialidad o posibilidad que tenía para haber producido los efectos lesivos previstos en los incisos del art.954 del Código Aduanero.-

iv) “*Culpabilidad*”:

Precisar este elemento en el tipo infraccional es dificultoso, ya que en el mismo los hechos materiales se incriminan por su sola exteriorización “con prescindencia del dolo o culpa del agente”

El régimen infraccional opera como una barrera; esto quiere decir que aquellas conductas que no sean aprehendidas por el ordenamiento penal, se subsumen en algún tipo infraccional.

En este punto me permito nuevamente citar los lineamientos planteados por Juan Patricio Cotter en su libro: “Las Infracciones aduaneras” considerando los cambios jurisprudenciales respecto a la responsabilidad en materia infraccional:

Este autor, sostiene que las infracciones son tipos complementarios o accesorios del delito central de contrabando.

Refiere que las infracciones coadyuvan al debido control aduanero y tutelan incluso el peligro abstracto.

Las infracciones sancionan el incumplimiento de los deberes impuestos a los administrados, y basta la mera inobservancia de esos deberes para ser sancionado, es decir, no es necesario la existencia de dolo o culpa del autor.

En el caso, el autor hace una breve reseña y avances en la jurisprudencia en materia de responsabilidad: *“...la Corte Suprema sostuvo que, en materia de aduanas, existe una responsabilidad penal sui generis, que se funda en el carácter especial de sus infracciones y en el propósito fiscal que las origina. Las penas pecuniarias tienen un carácter particular que, aun conservando su calidad de penas, les da un cierto carácter indemnizatorio de daño y las somete a reglas que no tienen aplicación en materia penal estricta.*

“El concepto de la Aduana como ente recaudador fue luego cediendo lugar al concepto de la Aduana como un órgano cuya función principal es el control del comercio internacional de mercaderías, concepto que dio lugar a la evolución doctrinaria de la Corte que comenzó a reconocer la aplicación de los principios generales del derecho penal a la materia infraccional aduanera”.

“La Corte comenzó a señalar que el carácter de infracción, no de delito, que en principio revisten los ilícitos penal-aduaneros no obsta a que se apliquen a su respecto las disposiciones generales del Código Penal” así: “...surgía evidente que debe entonces regir en todo proceso represor aduanero el principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva, como presupuesto necesario y previo a toda sanción.

Por ello, en la actualidad y respetando ese principio, el autor enfatiza *“...el Código Aduanero es claro al establecer que, salvo los casos de responsabilidad indirecta, la sanción penal no puede aplicarse sino a aquellas*

personas que no han cumplido con los deberes a su cargo (art. 902, aclarando el apart. 2 que la ignorancia o el error de hecho o de derecho no constituyen eximentes de sanción). El esquema de responsabilidad establecido por el Código importó un cambio significativo, visto que la ley 21.898 había determinado el criterio de responsabilidad objetiva, incluso en contra de la doctrina de la Corte Suprema. Conforme indica la Exposición de Motivos, el esquema de responsabilidad del Código gira en torno del cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento aduanero. Quienes los cumplen no podrán ser sancionados; quienes no los cumplen deberán ser sancionados”.

En este orden de ideas, el autor coincide con Barreira y Vidal Albarracín en cuanto al esquema actual normativo, ya que la estructura del tipo infraccional aduanero se equipara en gran medida con la estructura de los delitos culposos. Con la diferencia de que en las infracciones aduaneras, la culpa que se requiere del incumplimiento para que emerja responsabilidad es leve o mínima. Como dice el autor: “...La especialidad de la materia exige la máxima diligencia y hace que el mínimo grado de culpa sea suficiente.... corresponde tener presente que la Corte Suprema ha determinado la presunción de culpabilidad ínsita en los elementos materiales del accionar del sujeto activo de la infracción ya que, en presencia de la materialidad de la infracción, incumbe al contraventor la prueba de descargo, para lo que no basta la alegación de la ignorancia de los preceptos legales”.

Y concluyendo, expresa que: “El Código Aduanero ha dado un paso significativo en materia de responsabilidad. Dejó de lado el criterio de responsabilidad objetivo adhiriendo al criterio de responsabilidad subjetiva. Solamente será entonces sancionado quien, además de haber configurado la conducta disvaliosa antes definida por el tipo, resultare culpable. Sin embargo, las particularidades de ciertos tipos infraccionales generan en algunos supuestos la obligación del administrado de demostrar la inexistencia del elemento subjetivo”

Corresponde en esta instancia y como integrador de la temática de este trabajo, aclarar que la solicitud de destinación y la declaración son actos diferentes con los efectos propios:

1.-Solicitud de declaración a consumo de importación o exportación: surte un efecto especial, se adjudica sólo a ella y no corresponde a la declaración en sí.

2.-Declaración aduanera: aquí los efectos se desarrollan en el campo de la determinación tributaria (en el cual se individualizan y cuantifican los gravámenes que deben ser abonados en el caso concreto de la operación planteada) y en el de la responsabilidad penal.

La responsabilidad que origina una declaración inexacta “es emergente”, y recae sobre sus autores: *“aquellos sujetos a cuyo cargo está efectuarla, o intervienen en su formulación”*. O sea, aquellas personas que tienen la disponibilidad jurídica de las mercaderías respectivas y están habilitadas para formalizar la destinación de ellas (importadores, exportadores y en ciertos casos agentes transportadores aduaneros) y quienes ejercen la representación de los mismos en los trámites correspondientes, es decir, los despachantes de aduanas.

v) Exenciones:

Las exenciones que contempla el código son dos: las genéricas (1) y las específicas (2):

1)- Exime a quienes hubieren cumplido con todos los deberes inherentes a la destinación, operación, régimen o cualquier otro acto en que hubieren intervenido o se encontraren (artículo 902)

2)- Exime a los despachantes cuando probaren haber cumplido por su parte con las obligaciones que le correspondían, en cuyo caso la responsabilidad recaerá en sus representados.

La doctrina al respecto señala que, si el despachante actúa por representación, los actos jurídicos que realice dentro de los límites de su poder serán imputables directa y únicamente al representado, sin perjuicio por supuesto de que sea responsable en todos los casos en que las normas jurídicas exijan una determinada conducta a los despachantes de aduanas como tales y su conducta sea distinta de la prescripta.

Asimismo, en relación al despachante, debe considerarse que existe un deslinde reglamentario de obligaciones y responsabilidades respecto de diversas circunstancias de la importación (por ejemplo: origen, seguro, condiciones de venta, fabricante, vendedor y su condición, circunstancias comerciales, vinculación, precio) y otros hechos que inciden en la determinación del valor estando el despachante excluido a priori de responsabilidades por la exactitud y/o veracidad de tales datos.-

vi) “Engaño o simple mentira”

Aclara el autor Héctor Guillermo Vidal Albarracín que si bien *“el engaño consiste en la falta de verdad en lo que se piensa, se dicte o se hace creer, el mismo se diferencia de la simple mentira”*. “El engaño es una mentira eficaz, para hacer incurrir en error al sujeto pasivo, mientras que la simple mentira, en principio, no tiene capacidad para producir ese efecto”.

En el ámbito de la estafa se requiere que exista una *“cierta exterioridad engañosa, artificiosa”* que predisponga el ámbito del defraudado, sin que se exija una exagerada aparatosidad o teatralidad o puesta en escena, como llama la doctrina francesa al despliegue de medios externos y engañosos. De ello se desprende que a la simple mentira le faltaría entidad objetiva para hacer equivocar al sujeto pasivo, pues se le exige un cierto complemento exterior sin llegar a la artificialidad de la puesta en escena.

“Lo importante es medir la eficacia de la falsedad en cada caso concreto, no siendo acertado afirmar que en todos los casos la simple mentira no es suficiente y que siempre se requiere un cierto respaldo objetivo, pues si bien ello es válido para la generalidad de los casos, en algunos supuestos la palabra puede ser suficiente para convencer y motivar una prestación patrimonial perjudicial” como también lo aclara el citado autor.

La práctica aduanera lleva a no requerir maniobras complejas para considerar que se ha inducido a error a la autoridad interviniente. Así, la celeridad con que ésta debe actuar frente a la fluidez del tráfico mercantil, en contraposición con los elementos materiales de que dispone, hace que se disminuyan sus posibilidades de advertir el engaño y exige un criterio menos riguroso para determinar su entidad.

Esto es justamente lo que justifica que en materia de contrabando, la doctrina se aleje de la que centra la idoneidad del ardid en la estafa. La postura de que en el ámbito de ésta última se exige un mínimo de diligencia por parte de la víctima, pierde relevancia para la configuración del delito de contrabando. Pues, en la medida que el servicio aduanero haya sido inducido a error y en virtud de él se haya obstaculizado el adecuado ejercicio de la función de control a su cargo, la conducta punible genérica se ha cometido, sin tener siquiera que entrar a analizar las deficiencias de la autoridad aduanera.

Siguiendo con el texto del artículo 863, vemos que el fin perseguido por el autor debe ser impedir o dificultar el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero, este sería un dolo del tipo que tiene que ver con su intencionalidad final.

Esto se ve con más claridad cuando se aprecia la posibilidad de que se cometa el delito, aun sometiendo las mercaderías a verificación aduanera, siempre que medie ardid o engaño, y se abandona la noción de que el bien jurídico protegido reposa sobre la recaudación fiscal, para apuntar al conjunto de las

facultades legales que corresponden a la Aduana y que constituyen el régimen de control aduanero.

Algunos autores como Di Fiori-Ferro han llegado a sostener, por la razón antes expuesta, que se prescinde del dolo, aunque en realidad no es así, la conducta exige que se impida o dificulte el adecuado ejercicio de la función de control aduanero mediante ardid o engaño y esto sólo se configura a través de un accionar doloso que causalmente produzca el efecto buscado. Un accionar no intencional, aunque impida la función de control queda fuera de lo previsto por esta normativa.

b)- Delito (Contrabando):

i) Concepto:

En el contrabando se requiere que se actúe “*a sabiendas*”, aún sin mediar ardid o engaño. El art. 863 pone en resalto el medio ardidoso o engañoso empleado. Puntualmente expresa que “... *el que por cualquier acto u omisión...*”, lo que significa que no se requiere un acto u omisión determinado sino que se satisface con cualquiera que tienda a ese objeto, y que éstos pueden ir separados del ardid o engaño que seguidamente se exige.

Sin embargo, lo relevante a los fines del accionar delictivo no son los “*actos u omisiones*” sino que medie ardid o engaño, pues, los actos u omisiones que produjeron tal efecto obstaculizante, si no asumen o van acompañados de otros elementos ardidosos o engañosos, escapan a esta figura y caen en los supuestos del art. 864, se concluye que esta referencia resulta innecesaria.

El artículo en cuestión dispone: “...el que impidiere o dificultare...” de manera que se requiere que la autoridad aduanera resulte impedida o dificultada en el ejercicio del control a su cargo por la conducta del sujeto activo. De esta forma los actos u omisiones ardidosos o engañosos que tienda a impedir o dificultar

las funciones asignadas al servicio aduanero y que no logren su objetivo, quedarían en el ámbito de la tentativa del delito tipificado, ya que para su consumación requiere que se afecte el bien jurídico protegido.

No obstante, en la ley se sanciona con las mismas penas a la tentativa que al delito consumado, por tal razón esta diferenciación queda solo en un plano dogmático.

En cambio, como es punible tanto la tentativa como el delito consumado con idéntica severidad, es de fundamental importancia distinguir la tentativa de los “actos preparatorios”, ya que estos no son punibles.

ii) Ardid:

Según la Real Academia Española, es el medio empleado diestra y astutamente para el logro de algún fin; y engaño es dar a la mentira viso o apariencia de verdad. Inducir a otro, mediante palabras u obras aparentes o fingidas, a creer lo que no es.

Esta diferencia no tiene relevancia en el ámbito legislativo, ya que el art. equipara ambos conceptos, en cuanto produzcan el resultado exigido, por lo tanto el efecto es el mismo.

La terminología empleada, es muy similar a la que utiliza el art. 172 del Código Penal al definir la figura genérica de estafa, por lo que en doctrina se han relacionado comúnmente ambos tipos legales.

En realidad, el ardid o engaño, exige necesariamente como correlativa la existencia de una persona física sobre quien se ejerce. No cabe hablar de ardid o engaño en relación con una función del control aduanero en abstracto, sino dirigidos a dificultar o impedir el adecuado ejercicio de la misma por parte de la autoridad aduanera (persona física) interviniente.

La Aduana, como ente ideal no es susceptible de engaño; sólo lo es la persona que actúa por ella. Ahora bien, lo que se trata de establecer es que la autoridad aduanera interviene ejerciendo su control, pero en forma viciada por haber sido inducida a error por el ardid o engaño desplegado por el autor del ilícito.

Soler define el ardid como *“el astuto despliegue de medios engañosos”*, agregando que *“para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante”*

Se puede deducir, por tanto, que en el contrabando el propósito de inducir a error está incito en el ardid o engaño, lo cual es similar a la estafa, pero tienen en sus tipos una diferencia radical, este delito contra la propiedad privada requiere que se produzca el resultado, en tanto que el contrabando se conforma aún sin la producción del resultado.

b) -Bienes Jurídicos Tutelados

i) Distintos criterios:

Existe poca pero importante doctrina sobre la diferenciación entre el delito de contrabando y la infracción, en base al bien jurídico protegido. En Doctrina, la discusión se basa en el tipo de responsabilidad y en los tipos infraccionales y penales del CA.

Para García Belsunce Horacio *“las infracciones aduaneras son delitos”*, no son contravenciones y por tanto reprochables a título de culpa.

Este autor señala que debe investigarse *“si en el derecho tributario penal la infracción fiscal es culpable- o lo que es lo mismo, subjetiva por configuración del dolo o culpa propiamente dicha-o si es objetiva”*

También sostiene, en relación a la tesis de la responsabilidad objetiva, para ello cita a Villegas, entre otros, quien expresa: *“La esencia contravencional de la infracción tributaria es la que científicamente justifica la prevalencia del elemento objetivo sobre el subjetivo y esto no puede ser cambiado sin alterar tal esencia”*.

En relación con los expositores de la responsabilidad subjetiva, rememora entre otros a Aftalion, - quien adhiere al principio de la culpabilidad como presupuesto del ilícito tributario-

Carlos Edwards decía: *“Creemos sin hesitación que este artículo recepta la responsabilidad subjetiva en materia de infracciones aduaneras, plasmando el garantizado principio de culpabilidad o de personalidad de la pena. La interpretación contraria implica abandonar los principios del derecho penal liberal para transitar peligrosamente por los senderos del derecho penal totalitario, que considera únicamente la materialidad del hecho y prescinde de la participación subjetiva del autor”*.

El Dr. Pablo H. Medrano considera, a su vez, que es infracción (declaración inexacta- art 954) cuando pese a ser dolosa, no se actuó con la particular finalidad o intención (ultra típica) exigida por los delitos, que él llama *“tendencia interna trascendente”* y que se manifiesta en pretender:

- someter la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere
- un tratamiento aduanero más favorable al que correspondiere.
- un beneficio económico.

Según Juan Carlos Bonzón: *“en ambos casos se protege el debido control aduanero”*. En estos casos podemos encontrar una base firme de la cual partir para la correcta diferenciación de los ilícitos aduaneros, que según Bonzon, puede servir de andamiaje jurídico a aplicar genéricamente a todos los ilícitos aduaneros.

Antes de introducirme en el tema vale aclarar, según manifiesta el precitado autor en su texto, que el art 954 no puede ser dolosa ya que de serlo configuraría el delito de contrabando. O sea, entiendo que la responsabilidad del art. 954 siempre debe ser objetiva, como así también lo entiende la CJN, de lo contrario sería difícil distinguir la intención del sujeto cuando declara con inexactitud.

Para otra teoría puede cometerse la infracción en análisis en forma “dolosa” siendo difícil el deslinde entre dos figuras dolosas (una delictual y otra infraccional).

Héctor Guillermo Albarracín sostiene que *“...la infracción de declaración inexacta dolosa se configura cuando la acción ilícita tiene cierta entidad como para dificultar o impedir el control del servicio aduanero e idoneidad para cambiar el tratamiento aduanero o fiscal que correspondiere a la mercadería importada o exportada...”*.

Como ejemplo, este mismo autor en su trabajo titulado *“criterio diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras y de estas entre sí”* publicado en la revista El Derecho ejemplar de 29 de mayo de 1995, sostiene que: *...cuando el dolo recibe cierto respaldo sea documental -mentira documentada- o de otra índole (es el caso de doble fondo en el equipaje) esto es, asume entidad para al menos dificultar el control aduanero, el hecho deja de ser infracción y adquiere categoría de delito”*.

Según Juan Carlos Bonzon, quien adhiere en principio a la postura sustentada por el Dr. Vidal Albarracín, la cual, si bien no exenta de dificultad, sostiene que la misma resulta no solo original, sino también base jurídica de futuras soluciones y arduos problemas interpretativos.

Coincidimos con este autor cuando válidamente se cuestiona: *“si dolosamente se declara algo inexacto ¿no sería motivado en pro de lograr un beneficio espúreo, ya sea cambiando el régimen aduanero fiscal?”* entonces, que es muy difícil determinar ante una declaración inexacta que ha beneficiado a su redactor, que esta no ha sido confeccionada con dolo... También respecto a ella cabe la siguiente pregunta: *Si dolosamente se declara algo inexacto, ¿no se afecta siempre el debido control aduanero?*

Y así completando la doctrina de tan destacado jurista, estimaba Bonzon que *“la diferenciación debe ser construida sobre la base de la magnitud de la acción ilícita desarrollada por el sujeto activo y el correlativo esfuerzo controlador desplegado por la aduana”*.

Asimismo, si de las declaraciones engañosas, o la ocultación maliciosa previstas en el art 46 de la ley 11.683 como medios ardidosos, son fácilmente detectables mediante el debido control que debe efectuar el ente recaudador, la conducta reprochada encuadraría como figura infraccional.

Consecuentemente me permito afirmar, que en materia aduanera debe valorarse la gravedad de la conducta del sujeto y si esta afecta grandemente al control aduanero o bien es fácilmente detectable por este. En el primer caso podría reputarse como una cuestión delictual, y en el segundo como una mera infracción. Pero teniendo en cuenta, que no hay una legislación clara, siempre nos encontraremos ante el mismo escenario de incertidumbre con la dificultad de determinar cuál es *“el control rutinario”*; es así que, nuevamente dependemos de la apreciación subjetiva del juzgador.

Y coincidiendo con J. C. Bonzón, considero que la diferenciación no se encuentra en la intención al actuar, *“actuar a sabiendas para diferenciar un delito de una infracción, sino en el resultado y su gravedad, para determinar si se trata de un delito o una infracción”*

Juan Carlos Bonzon, en su trabajo de investigación mencionaba y aclaraba que está absolutamente convencido de la imperiosa necesidad de lograr un adecuado criterio legal diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras. Hace a la seguridad jurídica. Manifestaba en su trabajo doctrinario desde hace varios años que la diferenciación legal debía contemplar una modificación de la redacción del art 902 del CA – aun sin modificaciones en su redacción original- para que comprenda tanto la forma dolosa como culposa de culpabilidad y complementar la nueva redacción del mencionado artículo, con las modificaciones que pudieran corresponder a cada una de las infracciones en particular, por ejemplo: las mentadas declaraciones inexactas.

Juan Carlos Bonzón concluye: “Surgen así posibles soluciones a este tópico aplicando distintos elementos que podrían derivarnos en remedios legales: la primera sería determinarse legalmente el bien jurídico protegido por las infracciones aduaneras en general y de no ser posible, dada la diversidad de las mismas, el de cada infracción aduanera en particular, para lograr con ello una base jurídica de distinción entre delitos e infracciones aduaneras. Debe determinarse si la infracción aduanera más comúnmente cometida (declaraciones inexactas del artículo 954), es susceptible de abarcar la conducta dolosa, sin que implique paralelamente cometer el delito de contrabando. Debe establecerse si la diferenciación entre delito e infracción aduanera puede ser sustentada por el debido control aduanero. Debe aprovecharse la doctrina sentada sobre el tema por los autores penales infraccionales tributarios, por ser temas análogos. Debería también conformarse lo antes posible un criterio doctrinario sólido sobre todo el tema delictual infraccional aduanero”

4.- SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES:

Nuestra jurisprudencia ha ido delineando las distinciones entre lo que resulta ser una infracción y el delito de contrabando. A continuación y luego de haber analizado los mismos citare algunos fallos que tratan en forma directa o tangencialmente esta cuestión, a saber:

1.-“MANCINI y otros s/ INF. LEY 22.415” 29 de agosto de 2001 por el Tribunal Oral N° 3 en lo Penal Económico.

Estefallo esta relacionado con la diferenciación entre el delito de contrabando (Arts.863, 864 inc. b - y 865 inc. a - del Código Aduanero) y la infracción de Transgresión de las Obligaciones Impuestas como Condición de un Beneficio (Arts. 965 y 968 del cuerpo legal citado)

Resumen de los hechos:

“Una fundación importó dos tomógrafos libre de gravámenes sin fines comerciales bajo el amparo del decreto 732/72. Después de hecha la importación, se decidió la explotación comercial de los aparatos, dado los altos costos de mantenimiento. Tal circunstancia motivó el sumario de prevención aduanero que luego derivó en una causa por contrabando. El Dr.Cruciani sobreseyó al Presidente de la fundación y otros directivos de la misma, en razón de considerar inexistente el ardid tendiente a lograr un tratamiento fiscal o aduanero distinto al que correspondía a la importación. Consideró además, que el uso comercial posterior a la importación, no transformaba en doloso el hecho mismo de la importación aunque la ilicitud de esa utilización constituyera una infracción aduanera.

Apelada tal resolución por la fiscal y la Aduana, tocó intervenir a la Sala A de la Cámara de Apelaciones del fuero.

Por mayoría de votos (Dres. Hendler y Repetto), se revocó el sobreseimiento, en razón de considerar ambos destacados magistrados, que los directivos procesados al hacer una importación a nombre de una fundación que ellos mismos crearon y de la cual eran administradores y luego explotar comercialmente los aparatos por medio de otras sociedades que si bien eran independientes de la fundación no significaba que no fueran dueños del negocio, implicaba una simulación que impidió, mediante el ardid desarrollado, el debido control aduanero de la operatoria. Cabe aclarar que el uso gratuito de los aparatos, era ínfimo en proporción a la prestación hecha a título oneroso. El Dr. Acuña aportó el voto disidente concordante con la opinión del Dr. Cruciani, opinando que era aplicable al caso el Art.965 y siguientes del Código Aduanero, que sanciona como infracción la conducta de aquellos que no cumplieren con las obligaciones impuestas como condición para el goce de un beneficio. Ello así, porque las supuestas maniobras ilícitas fueron posteriores a la importación”.

Comentarios:

- a) En el expediente se comprobó la intención dolosa de los imputados de utilizar comercialmente los tomógrafos importados con franquicia.
- b) Ese dolo demostrado podía ser inicial, es decir haber condicionado la importación, simulando un fin docente y/o científico, pero con el objeto de explotar comercialmente los tomógrafos, hecho configurativo del delito de contrabando (Art. 864 inc b- del Código Aduanero). Por el contrario, si el dolo demostrado era sobreviniente a la importación, no condicionando la misma, sería una infracción aduanera por cambio de destino.
- c) La única posibilidad que tenía el fiscal o la parte querellante de probar el dolo inicial configurativo del delito, era demostrar que los imputados habían utilizado comercialmente los tomógrafos en forma inmediata o próxima a la importación,

configurando tal circunstancia una seria presunción de violar ab-initio el control aduanero, fingiendo un operación exenta, con el fin espúreo de distorsionar el régimen de privilegio.

d) Al no probarse lo indicado en el punto anterior, fracasó la pretensión punitiva, en razón de que es imposible probar la intención de los imputados antes de la importación, sino por medios objetivos que ocurren en la realidad.

e) De probarse que la utilización comercial no fue concomitante o próxima a la importación, es decir bastante tiempo después de la misma, como considero personalmente se dió en el caso analizado, se debía absolver por no constituir la acción imputada delito y no por el beneficio de la duda.

2.-"Basabilbaso, Eduardo c/ A.N.A. - Aduana Rosario s/ demanda contenciosa" 23 de abril de 2012.

Resumen de los hechos:

Aquí llega a la corte un recurso interpuesto por el Organismo aduanero contra una sentencia que hizo lugar a una demanda promovida por el importador Eduardo Basabilbaso y la despachante de aduana Marta Sosa, contra la resolución del Administrador de la Aduana de Rosario que originalmente los condenó a pagar una multa en base al artículo 954 inc. "c" del CA por cuanto se les atribuyo haber formulado una declaración inexacta en el despacho de importación.

La Cámara quito la multa, y si bien la declaración contenía un error sobre la cantidad de mercadería, no lo era sobre sus características o valor. Si bien aquí la cuestión de fondo radica en la interpretación dada al 954, lo cierto es que en el decurso de los considerando de ese fallo –punto 8-, la Corte, sobre el objeto de este trabajo, dice lo siguiente:

“...Que, por otra parte, la circunstancia de que no haya sido demostrado que la factura emitida por el vendedor -exportador del exterior- sea falsa no obsta a la posibilidad de que se configure la infracción prevista en el art. 954, ya que no se requiere para ello -a diferencia de lo que ocurre respecto del delito de contrabando (art. 863 y concordantes del Código Aduanero)- que medie una intención dolosa. ...”

CAPÍTULO III.

CONCLUSIONES:

En forma análoga a los antecedentes legales, los antecedentes jurisprudenciales más importantes en materia infraccional aduanera, son aquellas que tratan sobre el carácter penal que revisten las infracciones aduaneras.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación; sostuvo que: -en materia aduanera existe una responsabilidad penal sui generis que se funda en el carácter especial de las infracciones y en el propósito fiscal que las origina.- La evolución jurisprudencial comienza sobre el reconocimiento de la naturaleza penal de las infracciones aduaneras, por el cual se sostiene que la finalidad de la pena pecuniaria aduanera es herir al infractor en su patrimonio y no reparar un perjuicio o construir una fuente de recursos para el erario.- En ese sentido la Jurisprudencia del Alto Tribunal es pacífica hasta hoy en día.

Podemos reflexionar que una infracción aduanera se produce cuando hay un perjuicio fiscal, es decir, circunstancias en las que siempre “la aduana pierde” sin importar si el administrado he tenido un beneficio o no.

En cambio, un delito aduanero se produce cuando mediando una actitud maliciosa (elemento subjetivo) el administrado pretende beneficiarse. Aun así la confusión sigue latente y es necesario mayor tratamiento y como dice Bonzon, *“la importancia de hacer notar la diferencia radica básicamente y nada más ni nada menos de ser considerado infractor o delincuente”*

Es importante también de marcar la diferencia entre ambos ilícitos por estar en juego la seguridad jurídica, este debería deslindarse de acuerdo al resultado obtenido, ya que la intención de lograr un resultado distinto y un beneficio resulta consecuencia de la intencionalidad en todos los casos.

También, dejar ver la posibilidad de que existan delitos aduaneros pese a la ausencia de dolo en el accionar, como así también que no puede ser

considerado delito aduanero un accionar contrario a lo normado, si dicho accionar no se encuentra acompañado de la voluntad delictiva.

Propiciar por un lado, adhiriendo a tantos autores que fui mencionando en este sentido, la delimitación en el CA, de la culpabilidad: “dolosa o culposa, de las infracciones”, y soslayar la heterogeneidad de los tipos infraccionales, basados en el bien jurídico protegido, y en la gravedad del perjuicio fiscal.

CAPÍTULO VI.

ENUNCIACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA Y FUENTE DE CONSULTA:

- Código aduanero comentado. Marcelo Antonio Gottifredi. Página 854. Ediciones Macchi.
- <https://www.afip.gob.ar/aduana/institucional>
- García Belsunce Horacio. Derecho Penal Tributario Penal. Páginas 197 y siguientes.
- Trabajo Doctrinario de Fabiana Iglesias Araujo. Fallo
- Juan Patricio Cotter. Página 98 y siguientes. Las Infracciones aduaneras. AbeledoPerrot.
- Código aduanero comentado, Tomo VII-A 1992 AbeledoPerrot pagina 137 y siguiente
- Edward Carlos. Participación penal y procesal aduanero. Página 99. Edición Astrea.
- Dr. Pablo Medrano. "El delito de contrabando y comercio exterior". Lemer librerías Bs As 1991. Página 104 y 105
- Juan Carlos BonzónRafart: "Debido control aduanero: bien jurídico protegido. Importante fallo de la Corte Suprema". E.D. ejemplar del 13 de octubre de 1.998, pág.11.
- Héctor Guillermo Vidal Albarracin: "Criterio diferenciador entre delitos e infracciones aduaneras y de éstas entre sí.", E.D. t.162-1186.
- Juan Carlos BonzónRafart: "Diferenciación entre delitos e infracciones aduaneras. Similitud de tratamiento tributario". E.D. t.167-1061. -Pag. 23 a 30-

Melina Elizabeth Romani

MAIL: romanimelina@hotmail.com

Dirección postal: Boulevard Daneri 788 Gualeguaychu. E. R.

Tel: 03446-15515933