

# LOS DELITOS ADUANEROS: EL CONTRABANDO \*

Dr. Reinaldo Calvachi Cruz

## 1. Algunas consideraciones iniciales

El delito aduanero, y específicamente el contrabando, son males endémicos del país. La herencia evasora arranca desde la época colonial, y por tanto, es el mismo antiguo mal que sólo ha ido adquiriendo nuevas connotaciones y está profundamente arraigado en nuestra sociedad, por ello, todos los “esfuerzos” para su erradicación y extirpación han devenido en proyectos insuficientes y frustrantes.

No puede afirmarse que en el caso del contrabando, el delito aduanero por antonomasia, sólo concurren conductas evasoras per-se, sino más bien es necesario transparentar el análisis reconociendo que existe una enmarañada red de corrupción que contamina de manera no focalizada sino global a todos los estamentos concurrentes, aunque es necesario aclarar que no a todos los actores de dichos estamentos. Si bien corrupción y contrabando no son sinónimos comparten un convivir simultáneo; el uno alimenta al otro y el otro encuentra en aquel su vía de escape. Por otro lado, la administración de aduanas ha sido vista como un botín político en la que de manera soterrada aún se afirma se pagan por los cargos. La sociedad no ha ejercido una eficiente presión política para que la administración de aduanas cambie de rumbo, mucha de la economía del país tiene en el contrabando su fuente de subsistencia. En definitiva, en la administración de aduanas persisten viejos y arraigados problemas que cualquier solución deberá mirar su complejidad pero ante todo deberá ser firme y decidida desde el ámbito político.<sup>1</sup>

---

\* Artículo publicado originalmente en la Revista IURIS DICTIO, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, AÑO II, No. 6, agosto 2002.

<sup>1</sup> Respecto del contrabando como práctica común en todas las colonias de Hispanoamérica y sobre la conexión entre corrupción y contrabando que subsiste hasta nuestros días, Gustavo Pérez hace un interesante estudio en el cual dice que: “Para poder llevar a cabo el análisis de este tema es necesario definir algunos conceptos que me parecen adecuados para abordarlo, definiremos el concepto de “corrupción”, tan ligado al

---

"contrabando". "...en el caso del Río de la Plata en el siglo XVII la corrupción - en tanto fenómeno masivo - consistió fundamentalmente en la infracción regular de un repertorio fijo de normas que limitan la integración de los representantes de la corona en la oligarquía local, es decir, en la participación de actividades económicas. El hecho de que una de esas actividades estuviera prohibida, el contrabando oscurece lo esencial del fenómeno. La confusión aumenta con la utilización del término corrupción, cargado de anacrónicas connotaciones delictivas. (Moutoukias,1988; 219). La corrupción se puede entender no como una aberración del sistema, como un conjunto de excesos, sino como uno de los medios privilegiados del sistema para permitir esta búsqueda de equilibrio entre intereses a veces contradictorios, y salvando a su vez la autoridad del monarca, la corrupción era una verdadera válvula de escape a las contradicciones del sistema, e incluso algunos autores consideran que este solo funcionaba gracias a ella. (Gelman; sf, pp,6). Lo que se trata de explicar es que estos funcionarios entendían que no eran desleales al rey solamente a algunas leyes porque tal vez eran contradictorias o ambiguas. "... entre la burocracia hispanoamericana se observan predominantemente cuatro tipos de corrupción, comercio ilícito, cohechos y sobornos, favoritismo y clientelismo y finalmente venta de oficios y servicios burocráticos al público (Pietschmann sf;21).

En este trabajo se analizará el primero de estos tipos de corrupción, que es el comercio ilícito o contrabando, en donde participan diferentes agentes que se relacionan en forma muy estrecha, creando lazos que perduran a pesar de los cambios que se implementan por parte de la corona para tratar de desestabilizar este ilícito y poder controlar o disminuir el poder que alcanzan estos grupos dentro del sistema comercial, político y económico. Estas transgresiones a las normas y leyes no se ciñen solamente a la burocracia sino que se extendió al público en general, que requirió los servicios de la burocracia. Algunos autores muestran esta práctica de comercio ilícito como consecuencia de la incapacidad de la industria española para abastecer debidamente los mercados americanos en creciente demanda, como consecuencia del aumento de la población y de la riqueza y por último la fuerte presión ejercida por potencias europeas en ciertos puertos americanos (Sanchez Barba; 1961; 182)"...." Esta situación lleva a que se analicen las vinculaciones de los funcionarios y un grupo de comerciantes locales que posibilitan este comercio ilícito. Algunos autores tratan de explicar el fenómeno de la corrupción de la administración, a los bajos sueldos percibidos y a la demora del pago de los mismos, a la falta de una carrera administrativa, la venta de los cargos públicos; Host Pietschmann (Pietschman; sf, pg,23) señala que, cuando a mediados del siglo XVII la corrupción de los funcionarios se había generalizado y cuando intentos anteriores de reprimirla habían fracasado, en gran medida la corona empezó a participar en los negocios, mediante el beneficio de empleos de justicia y gobierno.

Existe una legislación abundante que reglamenta la organización interior de este aparato administrativo, que dio normas para la ejecución del poder conferido a los funcionarios que lo componían, y sobre todo, intentó precaver de los abusos de los funcionarios. ...El ideal que persigue esta legislación es claramente el funcionario imparcial, incorrupto, que se dedica por completo al logro del bien de la corona y del público.

Otra situación que se da es la de los habitantes de Buenos Aires que poseían el capital necesario para comprar los cargos, entraban a formar parte de la administración, concentrando de esta manera el poder político y el socioeconómico, formándose de esta manera una elite con importantes poderes...

Asimismo en el mundo actual en que las relaciones económicas entre los Estados tiende hacia regímenes de libre tráfico de las mercancías en especial entre aquellas naciones que conforman bloques regionales, es necesario compatibilizar las normas aduaneras con aquellos presupuestos, lo que significará armonizar libre comercio y represión del contrabando.<sup>2</sup>

---

Otro grupo importante en el comercio marítimo es el de los militares, Moutoukias enumera algunos casos en donde aparecen involucrados frecuentemente oficiales, así como algunos soldados, este grupo se encontraba de forma inmejorable para participar en la vida mercantil de la ciudad...

A todas estas irregularidades la Corona trata de controlar a través de la legislación, pero no logra su objetivo. Todas estas medidas eran contradictorias, por un lado se trataba de erradicar el contrabando legislando sobre el comercio y por otro otorgaba beneficios para comerciar y aceptando el pago de indultos por delitos a cometer, son abundantes los documentos con los que se cuentan en donde los propietarios de las cargas efectúan este pago antes de ser corroborado el ilícito, en algunos casos, los indultos superaban el valor de las cargas, como por ejemplo el del capitán Miluti, en 1671 aceptó pagar 35.000 pesos entre licencia e indulto para transportar una carga de 33.400 pesos, en Buenos Aires; los fraudes estaban tan generalizados y profundamente arraigados en la navegación autorizada hacia el Río de la Plata, que los registros confeccionados por los capitanes, apenas reflejan una sombra del comercio real, por ejemplo entre 1650 y 1700 el valor declarado de los tesoros transportados a España, ascendió a 189.049 pesos, de los cuales 126.000 pesos correspondían a particulares, mientras que en un solo comiso efectuado en 1661 al capitán Manuel Tellería, se secuestraron 113.500 pesos en metales preciosos, y durante el período de 1661/99, únicamente en concepto de indulto se pagaron 217.000 pesos (Moutoukias; 1988: 227)." Gustavo Rodolfo Perez, Cátedra: Historia Argentina, Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, Sede Ushuaia, tema: " Contrabando en el Río de la Plata" – Siglo xvii y primera mitad del xviii – grperez@arnet.com.ar en monografías.com

<sup>2</sup> En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando de España, se expresa que: "En los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Única Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado, precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja, a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero.

Con la consagración del mercado único, la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea. El desafío fundamental del mercado único en este campo consiste en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando."

Vistas así las cosas, la norma positiva que sanciona el contrabando no puede por sí sola frenar las conductas criminales dentro de este ámbito. El derecho penal no está para resolver los problemas de la criminalidad, es la respuesta más dura que da el Estado pero ni mucho menos es la única ni la más efectiva, la solución por tanto, no pasa sólo por la norma sino que también la misma debe estar acompañada de una decisión de política criminal y aún más de una política general de Estado.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Es interesante resaltar el objeto buscado a través del derecho penal en relación con la protección de la capacidad tributaria del Estado. Para Díaz " I. Es imposible contradecir que, en una sociedad democrática, el objetivo básico del derecho penal es la protección eficaz de ciertos valores e intereses fundamentales de orden social, que cuentan con un amplio y significativo consenso comunitario; pero no corresponde al derecho penal la asignación de otras funciones que pueden estar debidamente cubiertas y protegidas por las restantes ramas del derecho.

Entre aquella protección se encuentran las conductas que contradicen el deber de aportar al sostenimiento de la sociedad; sin embargo, ello no puede ser calificado a la ligera sin considerar, a su vez, la conducta del gobernante en el destino dado a los fondos recaudados coactivamente. De resultas, el análisis de toda política criminal requiere indagar en los presupuestos básicos de racionalidad en que aquella se asienta, más si se trata de criminalidad conductas tributarias, a las que una corriente doctrinaria las califica dentro de los delitos no convencionales.

Estoy convencido de antemano de que la racionalidad que exige toda política criminal no es la "racionalidad" que pregonan determinados ineficientes gobernantes, o sus administradores tributarios, y prueba de ello se encuentra en los ejemplos que muestran hoy en día ciertas unidades políticas. También estoy convencido de que incentivar desde afuera la prepotencia administrativa como método de recaudación; los "consejos" que se brindan instando hacia la falta de respeto a la ley por parte del organismo de recaudación, el intentar hacer de la Constitución Nacional una figura decorativa tan solo para "adornar bibliotecas", el gobernar por la vía de "necesidades y urgencia" en el campo tributario, la agravante e inconstitucional delegación legislativa de atribuciones tributarias no delegables al Poder Ejecutivo transformando en el poder del "príncipe" sin más control efectivo que su propia voluntad, hace que todo ello forme un bloque de violaciones sociales que le quitan toda autoridad, no sólo legal, sino moral a la Administración para expresar quejas cuando fallos ejemplares ponen coto a tales dislates jurídicos y se los hace conocer públicamente como alerta a favor de la sociedad.

El vivir en un Estado de derecho exige primero respetar para luego exigir respeto, y no resulta principio de la buena fe que debe reinar el cometido de la Administración que el gobernante de turno se "asocie" a los negocios del administrado y que la propia autoridad pública "dibuje" figuras tributarias exonerativas o minimizadoras para descargar la carga fiscal del contribuyente "asociado de imperio" al burócrata." Vicente O. Díaz, Las conductas publicas corruptas como incentivadoras de transgresiones económicas de repercusión tributaria, en Periódico EconómicoTributario de 27/6/01, Editora La Ley S.A.

Por ello, es necesario mantener de manera permanente un programa contra el contrabando aduanero y contra la corrupción que va de la mano con este ilícito. Es necesario transparentar el manejo aduanero de tal manera que la sociedad pueda ser un contralor social y que la percepción que tenga acerca de la utilidad del control de la evasión sea positivo. Se debe adoptar un camino claro, público, que genere confianza en la institucionalidad del Estado, que sea viable y con objetivos precisos.

Por otro lado, la criminalidad que entraña a este tipo de ilícitos económicos no podría ubicársela exclusivamente en la denominación de los delitos de cuello blanco ya que, si bien en muchos casos la complejidad de los mismos y la calidad de los infractores hace que la catalogación sea la adecuada, no es menos cierto que en muchos otros concurre una criminalidad común. En conclusión, en los delitos aduaneros concurren una diversidad de agentes, de formas de conductas y de motivaciones.

En nuestros anteriores artículos publicados en esta Revista ya hemos descrito en que consisten los distintos elementos doctrinales que permiten describir el tipo legal, por eso, en el presente entraremos directamente en el análisis de esta figura penal.

## **2. El contrabando y el bien jurídico protegido**

En el orden de los delitos económicos el objetivo supremo de protección es el orden económico, en el cual el Estado de Derecho es en última instancia el que pervive como reflejo de tal orden. La administración pública se alimenta de los ingresos fiscales y uno de estos es precisamente el ingreso impositivo mediante el control aduanero. La afectación a la funcionalidad del Estado también opera por la evasión ilícita del control aduanero.

Entendido de manera general, el contrabando consiste en la introducción o la extracción ilegal de mercancías de un país. La concurrencia de esta conducta ilícita no sólo afecta patrimonialmente al Estado sino que también lo hace de manera extensiva a la industria nacional, y en cuanto ésta tiene incidencia decisiva en el orden económico, se entiende que también el ilícito produce efectos lesivos en bienes o intereses jurídicos de orden particular. El marco constitucional en un Estado

Democrático y Social de Derecho establece los límites de la punibilidad, en definitiva, determina cuales son los bienes jurídicos protegidos.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Al respecto Romeo y Castillo dicen que: "En el nuevo trabajo publicado hace un año, el Dr. Zaffaroni nos plantea en primer lugar que el DERECHO PENAL entendido como un saber, tiene como función política, a través de la interpretación de las leyes penales, servir de sistema orientador a los Jueces para reducir el poder punitivo del Estado, estableciendo como presupuesto que la PENA, definida como UN ACTO DE PODER, no tiene una función al no poder probarse que haya solucionado algún conflicto social, por ello al adoptar la TEORIA NEGATIVA o AGNOSTICA DE LA PENA, en este punto propone la idea de BIEN JURIDICO como herramienta limitadora del ejercicio del poder punitivo estatal, para que de esta manera puedan protegerse los bienes jurídicos de TODOS los habitantes.

A través del desarrollo del PRINCIPIO DE LESIVIDAD, como presupuesto de la imputación objetiva de un hecho ilícito (pragma conflictivo), además de la pertenencia del mismo al agente, elabora la Teoría del Delito para determinar la AFECTACION de un BIEN JURIDICO, y de esta manera, poner otro filtro al ejercicio de la potencia puniendi por parte del Estado.

Según este principio, sólo serán imputables los hechos que a través de la comprobación de su conflictividad, afecten significativamente a un BIEN JURIDICO.

Los BIENES JURIDICOS serán los que la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos protejan, y siempre con las limitaciones fijadas por estos mismos instrumentos.<sup>10</sup> No es concebible un derecho interno o legislación que no respete la Constitución que da marco al Estado como tampoco a los Tratados Internacionales firmados y ratificados, hoy en día con categoría constitucional desde la reforma de 1994, en donde son incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO versus BIEN JURIDICO AFECTADO.

Este autor también critica el concepto de BIEN JURIDICO PROTEGIDO, reconociendo las falencias que ha tenido en su aplicación a través de la historia<sup>11</sup> y entendiendo por ello, que el mismo es un CONCEPTO LEGITIMANTE del ejercicio del poder punitivo del Estado. Los bienes sólo deben estar protegidos por la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, pero en la ley penal el concepto de BIEN JURIDICO debe utilizarse en forma limitante de la potencia puniendi. ¿Cómo? La respuesta es conceptuando al BIEN JURIDICO como AFECTADO dentro de la ley penal.

Las críticas al BIEN JURIDICO PROTEGIDO se basan en que las normas penales NO pueden tutelar a los bienes, en tanto que cuando ocurre un suceso ante el cual corresponde la aplicación de una Ley penal, este bien ya ha sido lesionado y esta lesión no ha podido ser evitada, dada la ficción de la función simbólica del Derecho Penal.

Menciona también que, basado en la función de TUTELA, el poder punitivo ha criminalizado conductas en forma ilimitada, atento que si bien se embanderan con la función de ULTIMA RATIO del Derecho Penal, siempre justifican nuevas criminalizaciones en pos de situaciones de emergencia que el Estado debe PROTEGER y como las demás agencias políticas no solucionan el problema, pretenden que lo resuelva la LEY PENAL. Esto vuelve a ser otra ficción que termina legitimando la criminalización primaria, confiscando el conflicto de la víctima y dando más poder aun a las agencias legislativas y ejecutivas en detrimento de la cuota de poder que le corresponde al Poder Judicial.

De lo expuesto se concluye que en el delito de contrabando no sólo existe el bien jurídico protegido del orden económico, sino el de funcionalidad patrimonial de la administración pública. Cuando interviene en el ilícito un funcionario público o una persona que ejerce las potestades estatales se entiende que se afecta también al interés o bien jurídico de la fe pública depositada en dicha persona. Así mismo, el contrabando no sólo se contrae a afectar aspectos patrimoniales de la administración pública sino que también abarca a su deber de control del comercio internacional, puesto que existen ilícitos aduaneros que no afectan a la capacidad recaudadora del Estado.

En el caso de los particulares, el delito lesiona a la industria y comercio nacionales y su afectación produce la pérdida de empleos, la generación de una economía subterránea, daños a la propiedad intelectual, la venta de mercancías sin garantía para el consumidor final, y en general causa un grave daño a la economía nacional. En vista de estas consideraciones el orden económico y su protección penal abarca un espectro extensivo que incluye a la administración pública y a la colectividad en general.<sup>5</sup>

---

Tampoco es concebible para esta teoría la imposición de una moral a través de la creación de un bien jurídico. A diferencia de Jakobs, que atento a la funcionalidad de la sociedad, y de acuerdo a la relevancia que resulte para la misma, acepta la criminalización de determinados preceptos morales, el Dr. Zaffaroni no comparte esta actitud paternalista por parte del Estado, basado en lo normado por el art. 19 de la Constitución Argentina, determinando que es inconstitucional, por ejemplo, tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Si respetamos el PRINCIPIO DE LESIVIDAD no podrían tipificarse conductas que no lesionen o afecten a un bien jurídico, ya sea a través de una lesión específica o de una puesta en peligro del mismo.

Respecto de los tipos de peligro, para que ellos no violen el principio de lesividad ni el principio de reserva, debe meritarse ex - ante la posibilidad de existencia del peligro en el mundo real. Asimismo, al aplicarlo, se debe establecer si existió peligro o no para el bien jurídico en el caso concreto. En caso de negativa, no será típica la conducta analizada en su aspecto objetivo.

A diferencia de lo expuesto por Jakobs basado en la Teoría del Riesgo, Zaffaroni no admite como constitucionales los delitos de peligro abstracto, analizando que ante el caso de tentativa estaríamos ante un peligro de peligro de peligro, totalmente alejado de la efectiva lesión al bien jurídico y por ello inconcebible desde el marco constitucional. Paula Romeo y Mary Castillo "¿ES EL DERECHO PENAL PROTECTOR DE BIENES JURIDICOS?" monografías.com

<sup>5</sup> Para Zavala Egas el bien jurídico protegido en la ley penal aduanera "...no es la administración tributaria esencial, no siquiera el interés tributario, es la Administración

### 3. El tipo objetivo

#### 3.1 Sujetos activo y pasivo

En cuanto al sujeto activo las normas de la Ley Orgánica de Aduanas no establecen ninguna calificación especial, está dirigido, por lo tanto, a cualquier persona que incurra en la conducta descrita en la hipótesis abstracta; sin embargo, está implícito que el contribuyente o su representante vinculados a la mercancía traficada ilícitamente son en primera instancia los responsables de los resultados del delito.

La concurrencia a título de participación en el ilícito de un funcionario público, que consta en el artículo 85 de la mencionada Ley, no califica al sujeto activo, tiene sí el efecto de agravar la sanción para dicha persona.

Conviene precisar si la persona jurídica es susceptible de ser sancionada en el cometimiento del ilícito. Sabido es que este ente jurídico carece de conciencia y voluntad y no se le puede aplicar la sanción característica de la privación de la libertad, no obstante, no es menos cierto que en la actual economía se ha verificado que se crean entes jurídicos con el fin expreso de cometer ilícitos, y que así mismo, en otros casos aunque una persona jurídica actúe en el ámbito de la legalidad las personas se valen de ella para cometer delitos. Al ser el Código Tributario ley supletoria se entiende que a las personas jurídicas se les puede sancionar desde el ámbito penal atribuyéndoles responsabilidad real y solidaria con sus representantes, directivos, gerentes, administradores o

---

Pública en general, en una de sus esferas, cual es, el control sobre el comercio exterior durante la importación y/o la exportación. En consecuencia, los delitos aduaneros no son, como generalmente se cree, específicamente tributarios. Lo son sólo en tanto sea el interés fiscal el atacado en actos de comercio internacional, pero esa no es su exclusiva naturaleza, pues, pueden haber actos de tráfico mercantil delictuoso en los que no sea ese el interés afectado, sino la economía del país al vulnerarse su proteccionismo industrial o agrícola o quizá un valor tanpreciado como la moral pública e, incluso una tan vital, como lo es la seguridad nacional. En definitiva, la infracción aduanera delictuosa lesiona al bien jurídico protegido "Administración Pública", en cuanto reguladora de los actos de importación y exportación, para precautelar el interés general de la colectividad." Jorge Zavala Egas, "Naturaleza de la infracciones tributarias y su denominación" en III Jornadas nacionales de derecho Tributario", Memoria, págs. 110 y 111.



mandatarios, quienes serán sancionadas pecuniariamente, según lo prescribe el artículo 347 de dicho Código.<sup>6</sup>

En cuanto al sujeto pasivo de la infracción es la administración pública central representada por la administración de aduanas que intervendrá por medio de sus delegados como parte en los juicios penales por contrabando y demás delitos aduaneros.

### 3.2 Objeto material de la acción

En esta clase de delitos en los cuales se produce un daño efectivo de orden patrimonial a la administración pública, el objeto material de la infracción se contrae al no pago de la obligación tributaria. Ahora bien, los instrumentos con los que se cometen tienen que ver con la mercadería que se pretendió introducir o exportar, por ello, la prueba debe conducir a la demostración material de la existencia de dicha mercadería y su conexión con la evasión. En suma, no es posible presumir el contrabando si no se

---

<sup>6</sup> El tema de la responsabilidad de las personas jurídicas está aún en construcción. Los principios que rigen al Derecho Penal hacen que en términos generales sea incompatible la sanción penal característica al ente jurídico. Al respecto Andrea Perrone y Sebastián Foglia dicen que: "Una problemática central de este tema la que se refiere a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que la actividad económica se desenvuelve prevalecientemente por medio de las formas societarias. Los principios generales del derecho penal constituyen un límite infranqueable a las teorías que equiparan al individuo con la sociedad. El delito supone la concurrencia de los elementos esenciales, de modo tal que la inexistencia de cualquiera de ellos (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) implica la inexistencia de delito. Así la acción como conducta humana y la culpabilidad, tanto en orden a la imputabilidad como a las formas dolosas o culposas, no pueden ser vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios sobre los cuales tales elementos se han desarrollado.

En este marco, solo el hombre puede ser delincuente, según Jorge de la Rúa, esto sucede aun "...cuando el hombre actúa por medio de ciertas entidades de derecho concebidas como sujetos ideales, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio de que el Estado, correlativamente, establezca a su vez medidas en relación a tal sujeto ideal, como forma o manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el manejo y funcionamiento de los entes ideales" ("los delitos económicos" Doctrina Penal 1980, Ed Depalma, pag 11).

En tanto no es posible admitir la desfiguración de los principios rectores del derecho penal, aun ante la importancia de los bienes protegidos y la gravedad de los daños de tipo económico, se hace necesario que exista otro modelo teórico, de forma de que los daños que provocan las personas jurídicas, puedan serle atribuibles a las mismas generando el deber de repararlos." Andrea Perrone y Sebastián Foglia, DELINCUENCIA ECONÓMICA Y ESTRUCTURA SOCIAL, derechopenalonline.

prueba legalmente la existencia de la mercadería sobre la cual se pretendía evadir el pago. Sin embargo de lo expuesto, cabe que el ilícito se realice en virtud de la supuesta existencia de una determinada mercadería; en ese caso la prueba debe apuntar a la documentación con la cual se pretendió demostrar la existencia de la presunta mercadería.

Existen delitos aduaneros en los cuales no existe daño patrimonial ya que la obligación se contrae exclusivamente al control de mercadería que no tributa. En este caso el objeto material se refiere a la misma mercadería que no ha sido objeto del control, y para dicho efecto, los mecanismos probatorios son los mismos descritos en el párrafo anterior.

### 3.3 Acción típica y resultado.- Acción y omisión

El delito de contrabando aduanero produce un daño efectivo en el patrimonio público por ello este delito acarrea el resultado concreto de causar un perjuicio al fisco, verificado a través de la evasión del pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación; en este segundo supuesto el perjuicio no es patrimonial en primera instancia aunque sí lo puede ser posteriormente y de allí también el objeto de la sanción.

La acción típica del delito de contrabando es idéntica al de defraudación fiscal, pues consiste en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, sólo que en aquel están vinculados al ilícito y clandestino tráfico internacional de mercaderías. En el artículo de la defraudación fiscal, publicado en la revista *Iuris Dictio* No. 4, ya se analizó la acción típica en los supuestos descritos, por tanto, es pertinente remitirse a dicho análisis. A pesar de ello, es necesario reparar que en el delito de contrabando aduanero cobra vital importancia la clandestinidad de la acción, es decir, que es realizada en forma encubierta, oculta, secreta, con el efecto directo de eludir totalmente el control aduanero. Para Zavala Egas clandestinidad y ocultamiento no son sinónimos, porque “..la primera es real cuando se evade el control aduanero en forma total, la segunda se produce durante el proceso de dicho control.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Jorge Zavala Egas, Op. cit., págs. 112 y 113.

## LOS DELITOS ADUANEROS: EL CONTRABANDO

Es necesario analizar los supuestos que el artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas establece como delitos aduaneros pero no debe dejar de vincularse estas hipótesis con las verbos rectores constantes en el artículo 82 del mencionado cuerpo legal. Los casos son los siguientes:

1. La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él sin el control de la Administración Aduanera. Este es un caso de contrabando de importación y de exportación en el cual la elusión del control aduanero es realizado exclusivamente mediante una acción lo que significa que no se puede realizar por omisión; sin embargo, cabe esta segunda alternativa en el caso de la intervención fraudulenta de un funcionario aduanero que coludido con el evasor omite su deber de control. Es un delito de acción con resultado. Cabe la tentativa.
2. La carga o descarga de mercancías de un medio de transporte sin control de la administración aduanera. Es igual al caso anterior en cuanto a la clandestinidad y la modalidad del acto. Está implícito en el tipo que la acción sea realizada fuera de los recintos aduaneros, en ese caso se establece un presunción del delito.
3. El lanzamiento de mercancías de un medio de transporte, eludiendo el control aduanero. Este es un delito de acción con resultado. En algunos casos puede ser difícil probar la vinculación entre la mercadería lanzada y la persona a quien se le imputa dicho acto si el mismo no fue presenciado por la autoridad o por un tercero que corrobore el dato. También en este caso cabe la tentativa.
4. La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y el Distrito de destino. En este caso la mercadería no ha variado desde el punto de franqueamiento al de destino, lo que aquí se contempla es la falsedad de los documentos de importación o la declaración del estado de la mercadería. Es un delito de acción con resultado. En estricto rigor este no es un asunto de contrabando sino que se trata de un delito de defraudación aduanera ya que falta el elemento de la clandestinidad. Cabe la tentativa.
5. La utilización no autorizada de un lugar, puerto o vía no habilitado para el tráfico internacional de mercancías salvo los casos fortuitos o

de fuerza mayor. La salvedad que se establece no es eximente de la declaración posterior, por ello, si el lugar, puerto o vía no dispone de aduana es obligación del contribuyente o responsable comunicar inmediatamente a la administración de aduana para que realice la verificación y se produzca el pago y con ello se desvirtúa una posible presunción de un aprovechamiento malicioso y clandestino de las circunstancias que originaron la fuerza mayor o caso fortuito.

6. El abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras. Aquí el abandono conduce a la presunción de tentativa de contrabando aduanero. Es un delito de acción que no admite conductas omisivas. La prueba en este caso es difícil y se asimila al caso 3.
7. La venta, transferencia o el uso indebido de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos de pago de impuestos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa del Gerente competente. Es un delito de acción con condiciones objetivas de punibilidad, la autorización previa de la autoridad competente hace que el delito sólo pueda ser verificado si se consuma por lo que no es posible una tentativa.
8. La tenencia o movilización de mercancías extranjeras sin la documentación que acredite su legal importación. Es un delito de acción en el cual no cabe la tentativa. En este delito aduanero existe clandestinidad ya que no se refiere a su presentación en la administración aduanera sin los documentos legales, sino más bien hace alusión a un estado de hecho en el cual el agente es sorprendido en dicha práctica.
9. La falta de presentación del manifiesto de carga total o la tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional. El primer supuesto es un caso de omisión simple en el cual la conducta omisiva está descrita en el tipo, en estos delitos no cabe la tentativa. La segunda hipótesis es también una omisión simple y por ello no puede interpretarse como un delito de acción por la presencia del verbo "tenencia". Lo que existe es un ocultamiento doloso en la declaración.

10. La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento. Es un delito de acción en el que existe una falsedad documental ideológica cuyo objetivo es eludir el pago de impuestos en base al engaño fraudulento. No admite tentativa ya que el acto sólo se verifica con la declaración. Tampoco cabe realizar la conducta por medios omisivos.
11. La falsificación o alteración de los documentos que deben acompañarse a la declaración aduanera. Este es un caso donde caben la falsedad ideológica, la material y la ideal.<sup>8</sup> El tipo legal debió emplear la palabra falsedad antes que falsificación ya que la primera comprende al género de los actos que alteran la verdad documental y el segundo es un tipo de aquellas.
12. La sustitución de mercancías para el aforo físico. Es un caso de defraudación aduanera en el cual existe engaño pero no clandestinidad del acto para efectos del control. Es un delito de acción con resultado.<sup>9</sup>
13. La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte. Es igualmente un delito de

---

<sup>8</sup> Según Zavala Baquerizo, "La falsedad material consiste en la alteración de la verdad "sobre" el documento genuino; por la falsedad ideológica se hace constar en el documento declaraciones o hechos que no corresponden a la verdad, sin que el documento sea materialmente manipulado; y, por la tercera el agente inventa, crea, hace nacer de la nada el documento, es decir, el documento es ideal." Jorge Zavala Baquerizo, Delitos contra la fe pública, Tomo II, Edino, 1994, Guayaquil, pág. 104.

<sup>9</sup> La siguiente jurisprudencia bien puede ajustarse al caso para efectos de distinguir entre un contrabando y un defraudación aduanera: - 02-IV-86 (Informe 1986, p. 83)  
"En el hecho penal que se juzga no se han alterado o falsificado permisos, facturas, guías de movilización, marcas, etiquetas, facturas, actas de cargo o descargo o cualquier otro documento con el que se garantice el consumo, fabricación y control de bebidas alcohólicas y que son los elementos constitutivos del delito de defraudación tipificado en el número 4 del Art. 381 del Código Tributario.- Las conductas de los agentes activos de la infracción, en el caso, se encuentra caracterizada por el engaño al haber colocado, entre las jabas que contenían los timbres de control, sesenta y cuatro jabas del licor... sin timbres, con el propósito de evitar el pago de los tributos realmente debidos, acto que no pudiendo ser considerado como Contrabando, se lo estima como defraudación intencional".

acción con resultado. Cabe la tentativa porque fácticamente el proceso puede concluir aún antes de que efectivamente se produzca el resultado dañoso.

14. La salida de mercancías de las bodegas de almacenamiento temporal o de los depósitos, sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras. Es un caso de defraudación aduanera pues la clandestinidad no está referida a eludir el control de ingreso sino que consiste en un paso posterior.
15. La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieran los literales anteriores, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor. Esta es una fórmula general para el caso de tentativa en relación directa de los casos descritos. El genérico descrito como tentativa abarca también la situación del delito frustrado, sin embargo, inexplicablemente restringe el tipo al caso de arrepentimiento eficaz.
16. La falsa declaración sobre los valores del flete y del seguro relacionados con el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías. Es otro caso de falsedad documental ideológica mediante el cual se trata de defraudar al fisco. No admite tentativa puesto que es un delito formal; basta en este caso la presentación de la documentación adulterada independientemente del resultado.

Constituyen además delitos aduaneros los que constan en otros cuerpos legales y se entiende deben ser sancionados de conformidad con las normas de la Ley Orgánica de Aduanas y las privativas que impongan aquellas leyes.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Por ejemplo en la "Ley de fabricación, importación y exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios" (Decreto Supremo no. 3757) art. 30; CODIGO DE COMERCIO Art. 921; LEY DE CAMARAS DE COMERCIO Art. 20; REGLAMENTO GENERAL PARA LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO ANUAL DE LOS VEHÍCULOS MOTORIZADOS (Decreto No. 2085); REGLAMENTO A LA LEY DE SANIDAD VEGETAL Art. 21; REGLAMENTO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL BANANERO Art. 44; CODIGO DE POLICIA MARÍTIMA Art. 56; LEY DE TRANSITO AEREO Art. 26.

### 3.3.1 La tentativa

Como se ha visto, a pesar de que el literal o) del artículo 83 de la Ley Orgánica de Aduanas establece que en los casos descritos en los literales anteriores se sancionará la tentativa, desde un punto de vista fáctico en algunos de ellos no cabe la misma. Por otro lado, ya se expuso que la fórmula descrita adolece de una falla de técnica jurídica. Adicionalmente el lugar donde ha sido ubicada la norma no es el más adecuado: debió hacérselo en un artículo independiente.

La tentativa se inscribe doctrinariamente en el proceso conocido como el *iter criminis*, es decir, en el camino del delito, pero para que esto acontezca en la realidad es necesario que la hipótesis descrita en el tipo penal admita una fraccionabilidad de los actos. Del sucinto análisis de los tipos descritos es evidente que algunos de ellos no admiten fragmentación en el proceso ejecutivo, consisten más bien en un solo acto. En la descripción de las conductas que constituyen delitos aduaneros existen algunos delitos que son ya formales, ya de omisión simple, ya con condiciones objetivas de punibilidad, y en todos ellos no cabe otra posibilidad que la consumación sin que puedan darse situaciones de tentativa.

## 4. El tipo subjetivo.- Dolo y culpa

No cabe ninguna duda de que los delitos aduaneros, y específicamente en el contrabando, no cabe la culpa; estos delitos sólo pueden ser realizados con conciencia y voluntad, es decir, con representación y aceptación del resultado. Si se demuestra culpa, esto es, que el agente ha actuado sin representación del resultado o que, representándolo en su mente, no lo haya aceptado, no hay punibilidad y el hecho tendrá otras consecuencias jurídicas pero en ningún caso penales.<sup>11</sup> Zavala Egas dice

---

<sup>11</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado de manera concordante con el la ley y especifica que cuando no existe comprobación material de la infracción por cuanto no se ha demostrado el dolo no cabe la sanción penal. El siguiente fallo hace un análisis de la prueba y llega a la conclusión del dolo, por su importancia se la incorpora en extenso en el presente trabajo. No se transcribe el Voto Salvado que consta en el fallo: - 19-I-2000 (Expediente No. 107-97, R.O. 45, 28-III-2000) "... SEGUNDO.- El haberse invocado como fundamento del recurso de casación la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia,

---

por parte de A. O., K. S., J. A., obliga a la Sala a realizar un detenido análisis del proceso, a fin de establecer, si en la sentencia que se impugna existe aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que pudiesen haber conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. De un minucioso estudio de los autos se establece que: A) La presente causa se inicia el 25 de enero de 1994 mediante auto cabeza de proceso ...; B) El auto cabeza de proceso hace acopio de los informes de los técnicos tributarios del Ministerio de Finanzas, I. C. y Lic. C. M., documentos que aparecen incorporados al proceso de fs. 2 a 5 y de fs. 65 a 66, respectivamente del expediente de primera instancia. De la lectura de estos informes se manifiesta con respecto al funcionamiento del Depósito Comercial Público H. del Ecuador, Guayaquil, que durante el período comprendido entre los años 1991-1993 se han detectado casos de duplicación y de anulación de las autorizaciones previas otorgadas por H. Ecuador, duplicaciones y anulaciones ilícitas que habrían permitido que una gran cantidad de mercaderías salgan de las bodegas de H. Ecuador sin haber sido previamente nacionalizadas. Los casos de duplicación de autorizaciones previas corresponden a los siguientes.... Los cuatro peritos realizaron un examen exhaustivo, caso por caso, de todos los documentos relacionados a las liquidaciones y a los pagos hechos por los importadores, presentando informes ampliamente detallados, ... respectivamente, llegando a las mismas conclusiones: todos los derechos aduaneros y multas se han cancelado, de forma tal que no se ha perjudicado económicamente al Estado ecuatoriano. En efecto, los peritos designados por el Juzgado dividieron su informe en tres partes y las conclusiones de cada una de esas partes fueron las siguientes: 'Los valores determinados en todos los casos correspondientes al presente ítem 1), han sido debidamente cancelados, pues así consta en los respectivos recibos de pago'. 'En todas estas declaraciones a consumo, correspondiente al presente ítem 2), se observa que las mercaderías han sido legalmente nacionalizadas y pagados los pertinentes derechos e impuestos'. 'En todas estas declaraciones a consumo, correspondiente al presente ítem 3), se observa que se han pagado los pertinentes derechos e impuestos,...'. El perito designado por el sindicato G. V., por su parte, llegó a la siguiente conclusión: 'Como consecuencia de lo expuesto, aparece que las empresas importadoras que utilizaron el depósito comercial público de H. Ecuador C.A. han pagado todos los derechos arancelarios, más los impuestos y las multas establecidas por la Ley y los reglamentos pertinentes, en relación con las autorizaciones previas a las que se refiere el presente informe, de tal manera que no existen 'derechos evadidos' en estas importaciones'. Pero además, se dispuso que se realizara una inspección de los documentos contables de las compañías Embotelladores E. C.A. y B. R. S.A., que sirvió para constatar que los datos contenidos en los documentos revisados por los peritos y por las autoridades judiciales pertinentes en la compañía H. Ecuador C.A. y en la Administración de Aduanas, relacionados a dichas empresas, eran correctos. Para realizar el respectivo examen el Juzgado nombró al Dr. J. Z. y al Ab. M. P. como peritos. El informe presentado por ellos (...) contiene los mismos datos encontrados en la documentación examinada en las otras diligencias. Es necesario anotar que los siete informes presentados por los peritos han sido acompañados de abundante prueba documental que respaldan las conclusiones contenidas en los aludidos informes periciales, por otra parte, en este juicio han rendido sus respectivos testimonios un gran número de personas; unas vinculadas a la Administración de Aduanas, otras vinculadas a las compañías importadoras al depósito comercial público de H. Ecuador y otras que cumplían funciones de agentes afianzados de aduana. Todas las declaraciones rendidas por estas personas, teniendo en cuenta las



funciones y cargos que desempeñaban, son coherentes, guardan armonía entre sí y no contradicen la información encontrada por los peritos en las distintas diligencias realizadas.... También hay que tener en cuenta como premisa de consideración, la Ley Orgánica de Aduanas que estuvo vigente a la fecha en que se inició el juicio, y particularmente su artículo 113, que dice: 'defraudación: b) El retiro de mercadería de la zona primaria, sin la autorización de los funcionarios competentes o por faltas de declaración aduanera'. En el hipotético caso, sería trascendental tener en cuenta que durante la tramitación del proceso se dictó la nueva ley, en la que se han modificado los tipos penales y las penas. En todo caso, prevalecería la norma más benigna para los reos, por mandato expreso de la Constitución consignado en su artículo 24, número 2, que dice: 'En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado'. Pero, en uno u otro caso, siempre habrá de exigirse la prueba del dolo en el hecho que constituye la infracción. Y ese dolo no aparece, puesto que en los tres casos mencionados, lo que hubo fue un error en el manejo de la documentación, que hizo posible que saliera la mercadería sin el pago de los tributos; pero, cuando se advirtió el error se lo enmendó pagando el total de los tributos y multas. Y todo esto ocurrió antes de que empezara este proceso penal. TERCERO.- De fs. 2182 a 2188 del proceso obra el dictamen del Fiscal de Aduanas en el que considera que no se ha probado la existencia de la infracción aduanera, pues no hay prueba alguna del dolo en el hecho que constituiría la infracción. El dolo no aparece en ningún caso; lo que puede advertirse es la existencia de un error que se enmendó pagando el total de los tributos, antes de que empezara el proceso penal. Por tales razones el Fiscal se abstiene de acusar. El Código de Procedimiento Penal, en su libro tercero, título I, capítulo único, trata de los principios fundamentales del proceso penal, y su artículo 157 dice: 'La base del juicio penal es la comprobación, conforme a derecho, de la existencia de alguna acción u omisión punible. Por consiguiente, para dictar sentencia condenatoria, en el proceso debe constar tanto esta comprobación como la responsabilidad penal del acusado'. Del análisis precedente se deja establecido que lo que hubo en los casos materia de este enjuiciamiento fue un error administrativo interno, en el manejo de la documentación, que inicialmente hizo posible que saliera la mercadería importada con franquicia total o parcial al amparo de regímenes suspensivos de derechos; pero que cuando se advirtió el error se lo enmendó, obligando al pago total de los tributos que genera la nacionalización de mercadería y las multas respectivas, conclusión que tiene como fundamento las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso, los informes periciales y el propio dictamen fiscal. El Art. 342 del Código Tributario prevé que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo o de culpa y que en el contrabando y la defraudación, - figuras del delito aduanero- los actos u omisiones que los constituyen, se presumen conscientes y voluntarios, sin embargo, la propia ley admite prueba en contrario. En el caso presente se han obrado las pruebas de descargo pertinentes, que llevan a concluir al fiscal la inexistencia del ánimo de inferir daño, constituyente sine quanon de la existencia del dolo, pues tales presupuestos no aparecen en ninguno de los casos contenidos en los informes técnicos de los funcionarios de Finanzas I. C. y C. M., informes que dieron inicio al juicio penal aduanero. La causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, invocada por los recurrentes trata de los típicos errores de juicio en que el Juez aplica la norma indebida al valorar la prueba sobre los hechos introducidos en el proceso, lo que indudablemente, en el caso, ha conducido al juzgador a una equivocada aplicación de los tipos penales contenidos en los artículos 88 literales a) y f) de la Ley

que "Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, no puede existir contrabando sin el dolo. No es concebible un contrabando culposo punible. Si se dá cualquier circunstancia de exclusión del dolo, como el error, se excluye, asimismo el contrabando punible."<sup>12</sup>

El segundo inciso del artículo 81 de la Ley Orgánica de Aduanas determina que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo, en ese sentido, cabe perfectamente la presunción de dolo contenida en el artículo 33 del Código Penal, pero esto no significa en ningún caso presunción de culpabilidad como algunos han querido interpretar. La presunción de inocencia no se ve alterada por la presunción de dolo, lo que establece la norma referida es acerca de la modalidad del acto y no otra cosa.

## 5. Concurso de personas

---

Orgánica de Aduanas vigente; así como también el Art. 113 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente al momento que se inició el juicio, sin que conste del proceso la existencia de la infracción por ausencia de dolo en los hechos materia del presente proceso conforme los justificativos que han quedado analizados y la opinión fiscal a la que se ha hecho oportuna referencia. CUARTO.- Por lo expuesto, luego de las exhaustivas consideraciones que preceden y por tener la Sala la certeza de que no se ha establecido conforme a derecho la existencia de alguna acción u omisión punible, ni la responsabilidad penal de los acusados en este enjuiciamiento, y en aplicación además de los primarios principios que informan la sana crítica y la aplicación del principio de equidad; sin que sea necesario entrar al análisis de las demás causales y fundamentos expuestos por los recurrentes, como la violación en la sentencia de la segunda disposición transitoria de la Ley Orgánica de Aduanas de 1994, que prevé la caducidad o extinción de la causa penal, por no haberse resuelto el juicio dentro de 120 días luego de expedida la referida ley, así como sin que sea necesario, tampoco entonces, entrar a analizar la prescripción de la acción penal prevista en el Art. 366 del Código Tributario y 114 del Código Penal; la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, por haberse adecuado el fallo a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, casa la sentencia dictada por el Tribunal de lo Fiscal No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio penal aduanero No. 568-084-94 y declara por los fundamentos anteriormente anotados, absueltos a: A. O., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía H. Ecuador C.A.; J. A., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía Embotelladores E. C.A.; F. I., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía B. G. S.A.; E. V., por sus propios derechos y por los que representa de la compañía I. S.A.; K. S.; así como a: J. P., J. V. y V. E. ..."

<sup>12</sup> Jorge Zavala Egas, Op. Cit., pág. 113.

La legislación ecuatoriana distingue el grado de participación a título de autores, cómplices y encubridores y para cada caso establece una diferenciación en la punibilidad. El Código Penal es ley supletoria, y por lo tanto, se aplicarán los principios que lo rigen para el caso de los delitos aduaneros.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de Aduanas establece una situación especial que lo denomina como delito agravado. Dice que si en el delito aduanero participa un empleado o funcionario del servicio aduanero, éste será sancionado con el máximo de la pena y con la destitución de su cargo. Esta concurrencia de un funcionario de aduanas en el cometimiento del ilícito, no es una circunstancia que agrava la situación de los otros partícipes ya que sólo le afecta a dicho funcionario. Se excluye por ello la comunicabilidad de las circunstancias personales.

Para el caso del comerciante matriculado la sanción abarca la cancelación definitiva de su matrícula de comercio o su equivalente. En este caso también la circunstancia personal afecta sólo al que ostenta la calidad de comerciante siendo ésta irrelevante para los otros partícipes.

Merece resaltarse que si bien en principio el agente o sujeto activo es el contribuyente o su representante, es frecuente que en la concurrencia de personas en el delito intervengan otras personas que no tienen dicha obligación y que dicha participación puede ser a título de autores, cómplices o encubridores.<sup>13</sup>

## 6. Penalización

El artículo 84 de la Ley Orgánica de Aduanas, que establece las sanciones, inicia disponiendo que las mismas son acumulativas. El legislador utiliza mal el término "acumulativas" ya que en realidad en

---

<sup>13</sup> El siguiente fallo ilustra un caso de participación: - 25-XI-85 (Informe 1986, p. 230) "Surge como verdad evidente, que quienes custodiaban la mercadería para asegurarse de que aquella llegue a un sitio no determinado en el proceso, son o eran los dueños de la mercadería, o en su defecto eran las personas contratadas por los dueños para que se cumplieran los objetivos del delito. Si aquellos no eran los dueños de la mercadería de contrabando, al haber llamado nombres de otras personas que pudieron serlo, asumieron para sí toda la responsabilidad penal, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 42 del Código Penal Vigente, deben ser declarados autores".

derecho penal la acumulación corre para un mismo tipo de sanción, por ejemplo, si en un mismo proceso el reo es sentenciado por varios delitos concurrentes sancionados con prisión o reclusión, la pena debe ser aplicada atendiendo las reglas del artículo 81 del Código Penal. La norma debería decir que a la pena de prisión le son *concurrentes accesoriamente* cualquiera de las otras establecidas en la misma. Las sanciones establecidas en el mencionado artículo son:

- a) Prisión de dos a cinco años. Esto significa que si se impone una medida cautelar de orden personal la misma podrá ser susceptible de caución.
- b) Decomiso de las mercancías materia del delito y de los objetos utilizados para su cometimiento, inclusive los medios de transporte, siempre que sean de propiedad del autor o cómplice de la infracción. En caso de que el medio de transporte no sea de propiedad del autor o cómplice de la infracción, previamente a la devolución del mismo se impondrá a su propietario una multa equivalente al 20% del valor CIF de la mercancía. El decomiso de mercancía y de los instrumentos del delito cumple dos funciones fundamentales: 1. Son el medio de prueba para establecer la existencia material de la infracción, ya que conducen a la determinación del objeto material de la misma; 2. Cumplen el efecto real de la sanción y para el efectos se seguirán las normas de remate o adjudicación de los bienes de conformidad con la ley luego de que se haya pronunciado sentencia condenatoria.
- c) Multa equivalente al 300% del valor CIF de la mercancía objeto del delito. En el proceso deberá constar prueba suficiente para establecer el valor real de la mercancía. La norma no establece si la valoración del bien es a la fecha del ilícito o a la fecha en que se emita sentencia, lo que significará que se tome en cuenta la depreciación y estado actual del bien. Se debe recordar que los procesos judiciales en el país son lentos, y por ello, hasta que se emita sentencia el bien puede estar decomisado durante varios años. La lógica indica que el valor debe ser a la fecha en la que se cometió el ilícito.

- d) Si el autor, cómplice o encubridor fuere un agente de aduana, sin perjuicio de las sanciones que correspondan se le cancelará definitivamente la licencia. Esta es una pena accesoria a la privación de la libertad e interdictiva consistente en la privación del ejercicio profesional y es igual que la que se aplica al comerciante matriculado que consta en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Aduanas. Estas sanciones no guardan concordancia con el principio constitucional de proporcionalidad de la pena (numeral 3 del artículo 24 de la Constitución Política). La pena o sanción se extingue con su cumplimiento pero en estas accesorias no es así y duran toda la vida, por ello, es injusta y atentatoria contra las normas del debido proceso.

#### **7. Prescripción de la acción y de la pena**

El artículo 94 de la Ley Orgánica de Aduanas establece la prescripción de la acción penal, y en cuanto a los delitos aduaneros, determinan que prescriben en el plazo de quince años y que dicho plazo correrá, hubiere o no, el respectivo enjuiciamiento penal. Esta norma se aparta de las disposiciones que constan en el artículo 101 del Código Penal y crea una distorsión inaceptable en cuanto se refiere a la prescripción de la acción penal al disponer que no se hace distinción entre la fecha de cometimiento del acto y la iniciación del proceso penal, por tanto, se plantea un conflicto entre ambas normas.

La situación planteada representa un conflicto de leyes ya que se debe dilucidar cual es la norma aplicable. Para solucionar el problema es necesario recurrir a lo determinado en el artículo 143 de la Constitución Política, y en virtud de ello, prevalecen las normas de la ley especial por cuanto ésta ha sido declarada con jerarquía y calidad de orgánica por el Congreso Nacional mediante Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001), en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Vigésima Segunda de la Constitución Política.

A pesar de que la norma constitucional prevalece no es menos cierto que desde el punto de vista de la especialidad de la norma, no cabe duda que la contenida en el Código Penal es especial respecto de la que consta en la Ley Orgánica de Aduanas. Para efectos de determinar cuál es la

norma aplicable desde la especialidad de las mismas, no debe confrontarse un cuerpo legal contra otro sino que debe hacérselo norma contra norma. Es lamentable que no sea aplicable la norma del Código Penal ya que ésta regula la prescripción de la acción de una manera racional y distinguiendo las distintas situaciones jurídicas.

En cuanto a la prescripción de las sanciones el artículo 95 de la Ley Orgánica determina que la pena de prisión prescribe en el doble de tiempo que la prescripción de la acción penal, contado desde la ejecutoria de la sentencia si no hubiese sido aprehendido el infractor. La citada norma no determina si se refiere a la prescripción de la acción que consta en el Código Penal o a la de la Ley Orgánica de Aduanas. Si se refiere al primer caso, la prescripción es de 10 años; si es sobre el segundo caso, la prescripción es de 30 años. Parecería que la norma hace referencia a la norma del artículo 94 de la Ley Orgánica de Aduanas, si es así, salta a la vista que no hay una proporcionalidad lógica entre la sanción (5 años de prisión) con la prescripción de la misma (30 años).

La sanción pecuniaria por delito, contravención o falta reglamentaria es imprescriptible. En este caso también existe una desproporción que rebasa las consideraciones jurídicas que rigen estas instituciones. El supuesto agravamiento de las prescripciones tanto en la acción y cuanto en la sanción, en un país como el nuestro, pueden producir el efecto contrario al buscado ya que se pueden constituir en una fuente de corrupción.