



Julio Guadalupe Báscones^(*) y
Enrique Vargas Ginocchio^(**)

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las **infracciones aduaneras**^(***)

“Subjetivicing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

Resumen: El presente artículo aborda la temática referida al poder sancionador del Estado, el cual es ejercido en dos ámbitos (penal y administrativo) derivados de una única potestad (*ius puniendi*) que le permite reprimir conductas consideradas nocivas para el desarrollo de la sociedad. Asimismo, se analiza la Ley del Procedimiento Administrativo General donde se ha establecido con claridad que en todo procedimiento administrativo sancionador se deben aplicar los principios básicos que tutelan los derechos de los administrados. De esta forma, se deberá aplicar el principio de culpabilidad, principios de causalidad, presunción de inocencia, entre otros, para juzgar las infracciones aduaneras.

Palabras Clave: Derecho Aduanero - Infracción - *Ius Puniendi* - Principio de Culpabilidad - Ley del Procedimiento Administrativo General

Abstract: This article addresses the issue referred to the sanctioning power of the State, which is exercised in two areas (penal and administrative) derived from a single power that allows the State to repress behaviors considered harmful to the development of society. Likewise, the authors have analyzed the Administrative General Procedure Law, where it has been clearly established that all sanctioning administrative procedure should apply the basic principles that protect the rights of the citizens. In this way, the State must apply the principle of guilt, principles of causation, presumption of innocence, among others, to judge customs infringements.

Keywords: Customs Law - Infringement - *Ius Puniendi* - Principle of Guilt - Administrative General Procedure Law

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano

(**) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

(***) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 26 de febrero y aprobada su publicación el 31 febrero del mismo año.

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjetivicing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

1. Introducción

Uno de los principios jurídicos que protegen a los sujetos de derecho y que constituye directriz dentro de todo procedimiento sancionador, es aquel que señala que “no hay sanción sin culpa” (*Nulla poena sine culpa*).

No obstante la existencia de este principio rector, se advierte que para la determinación de las infracciones aduaneras se ha optado por un sistema objetivo según el cual únicamente se deberá verificar la comisión del hecho tipificado como infracción sin interesar si el sujeto infractor actuó o no con dolo o culpa. Es decir, se aplicará una sanción sin que siquiera se haya analizado la culpabilidad del sujeto.

En base a ello, el presente artículo tiene por finalidad resaltar las graves vulneraciones a los derechos de los administrados derivados de la utilización de sistemas objetivos de determinación de infracciones, incidiendo en el hecho que el Tribunal Constitucional ha previsto que, para imponer sanciones, resulta indispensable la comprobación del elemento subjetivo del dolo o la culpa (principio de culpabilidad).

2. El poder punitivo del Estado o *ius puniendi*

El *ius puniendi* es la atribución o facultad que tiene el Estado para sancionar conductas y actos que atentan o trasgreden el sistema normativo. En virtud de esta facultad, el Estado podrá ejercer ciertas prerrogativas que lo facultan para imponer sanciones ante la comprobación de la comisión de determinadas acciones previstas con anterioridad en la ley.

Al respecto, Horacio Félix Alais ha considerado que “la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que siempre es único (...)”⁽¹⁾.

Esta atribución del Estado ha sido reconocida en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Si bien en la Constitución no ha sido reconocida expresamente la facultad de la Administración Pública para ejercer la potestad punitiva, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, tales como los recaídos en los expedientes No. 274-99-AA/TC, 0090-2004-AA/TC y 01668-2011-PA/TC, ha dejado claramente establecido que tanto la potestad de dictar sanciones administrativas como la de imponer sanciones penales derivan del denominado *ius puniendi* del que esta premunido el Estado.

Ello tiene todo sentido, pues no reconocerle a la Administración Pública la posibilidad de ejercer potestad sancionadora significaría que el Estado no pueda, de forma efectiva y eficiente, cumplir y hacer cumplir las normas de orden público. Por ello, suscribimos lo afirmado por Palma del Tesoen:

“(…) no podemos dejar de reconocer que la finalidad última del Derecho punitivo, prevenir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger, se alcanza de forma más efectiva dotando de potestad sancionadora a la Administración”⁽²⁾.

Como se aprecia, el poder punitivo del Estado puede manifestarse en dos ámbitos, uno de naturaleza penal (Poder Judicial) y otro administrativo (Administración Pública). Ambas manifestaciones tienen su origen en el *ius puniendi* del Estado, lo cual resulta determinante para afirmar que los principios y garantías del Derecho Penal resultan extensivos al Derecho Administrativo Sancionador.

En función a ello, se puede sostener que los principios del Derecho Penal complementan y/o constituyen directrices del Derecho

(1) Horacio Félix Alais, *Régimen Infraccional Aduanero* (Argentina: Marcial Pons, 2011); 20.

(2) Ángeles Palma del Teso, *El Principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 1996); 37.



Julio Guadalupe Báscones y Enrique Vargas Ginocchio

Administrativo Sancionador, y que, precisamente, en base a dichos principios, se han establecido una serie de limitaciones a la potestad sancionadora del estado en materia administrativa.

En relación con ello, Carretero Perez y Carretero Canduz afirman lo siguiente:

“(…) El hecho ilícito pertenece a una rama del Derecho Administrativo Sancionador, que supone un traspaso de conceptos del Derecho Penal al Administrativo. De allí se deduce la existencia de principios comunes, derivados del principio de legalidad, contenidos en el Derecho Penal (...)”⁽³⁾.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente No. 1003-1998-AA/TC ha establecido, muy claramente, lo siguiente:

“La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3 de la Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales”.

El máximo intérprete de la Constitución se pronuncia con mayor claridad sobre la aplicación de principios del Derecho Penal en el ámbito administrativo en las sentencias recaídas en los expedientes No. 2050-2002-AA/TC y 2192-2004-AA/TC, al establecer que: “Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad entre otros, constituyen principios del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal sino también en el derecho administrativo sancionador”.

Por lo expuesto, es de notar que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sólo puede ser ejercido de acuerdo a las garantías y derechos reconocidos por la Constitución, motivo por el

cual no cabe duda que la potestad de la Administración para determinar infracciones e imponer sanciones tiene que ser ejercida dentro de estrictos límites con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales y las garantías procesales de los administrados.

Al respecto, Cid Moliné ha expuesto que “dado que entre sanciones formalmente penales y las administrativas no existen diferencias cualitativas (o esenciales), las garantías que rodean su imposición deben ser idénticas o, por lo menos, semejantes”⁽⁴⁾. Por su lado, Nieto afirma que “(...) admitida e indiscutida la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio”⁽⁵⁾.

En función a lo expuesto, podemos concluir que los principios que rigen el Derecho Penal resultan de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador.

3. El poder punitivo en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444

La posibilidad que el poder punitivo del Estado sea ejercido por la Administración Pública ha sido prevista, como no podía ser de otra manera, en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). Efectivamente, el artículo III del Título Preliminar de la LPAG establece que “La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando

(3) Adolfo Carretero Pérez y Alfonso Carretero Sanduz, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Edersa, 1995); 112.

(4) José Cid Moliné, “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas”, *Revista de Administración Pública* 140 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 1996), 135.

(5) Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed. (Madrid: Tecnos, 2000); 84.

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjectivizing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”.

En relación con la LPAG, Juan Carlos Morón sostiene que la “Ley ha reconocido las potestades públicas tradicionales de reglamentación, de revisión de sus actos, de acción disciplinaria, la potestad sancionadora”⁽⁶⁾.

Más específicamente, el artículo 229 numeral 1 del capítulo II (“Procedimiento Sancionador”) del título IV de la LPAG establece que “Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados”.

Por su lado, el artículo 229 numeral 2 de la LPAG, modificado por el Decreto Legislativo 1029, establece que todo procedimiento administrativo sancionador creado por una ley especial deberá necesariamente observar la estructura, garantías y los principios de la potestad sancionadora previstos en el artículo 230 de la LPAG, precisando que ningún procedimiento especial podrá imponer condiciones menos favorables a los administrados.

De lo expuesto se desprende que ningún procedimiento administrativo sancionador podría ser dictado en contravención con las directrices y lineamientos establecidos en la LPAG y que rigen la potestad sancionadora estatal.

Ello se evidencia con meridiana claridad de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1029, la cual precisa que la modificación dispuesta respecto de la LPAG tiene por finalidad evitar el riesgo de permitir que algunas entidades, al amparo de leyes o normas con rango de ley, puedan regular en forma integral el ejercicio de su potestad sancionadora, vulnerando principios y garantías mínimas de los administrados⁽⁷⁾.

De lo antes señalado se desprende que ningún procedimiento sancionador especial, como, por ejemplo, el procedimiento sancionador para determinar infracciones aduaneras previsto en la Ley General de Aduanas (en

(6) Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 9ª ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011); 15.

(7) En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1029 se señala en relación a la modificación del artículo 229 numeral 2 de la LPAG que:

“Se estima necesario introducir una modificación en el alcance del carácter supletorio de las disposiciones que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Dado que, la redacción original del artículo 229, numeral 2 establece que, en los casos en los que la potestad sancionadora de las entidades se encuentre regulada por leyes especiales, las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título IV de la citada Ley únicamente tendrán una aplicación de carácter supletorio. Tal modificación resulta de particular importancia, ya que en dichos preceptos cabe destacar aspectos tales como una regulación expresa de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración, así como la estructura general del procedimiento administrativo sancionador, cuya introducción a partir de la entrada en vigencia de la Ley 27444 han supuesto, entre otros: i) la consagración positiva de una serie de garantías mínimas para el ejercicio del derecho de defensa del administrado; ii) la determinación de una mínima estructura uniforme para un procedimiento administrativo de oficio cuya relevancia se evidencia en la posibilidad de la imposición de condiciones gravosas para el administrado en caso de la eventual determinación de responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas (...). Es así que, el texto de la primera parte del artículo 229 numeral 2 importa el riesgo de permitir que determinadas entidades se eximan por completo de la aplicación de las disposiciones generales contenidas en el Capítulo II del Título IV de dicha Ley, al amparo de normas con rango de ley que regulen en forma integral el ejercicio de la potestad sancionadora que le hubiera sido atribuida. Esta situación daría la posibilidad que, por dicha vía, se creen procedimientos sancionadores de carácter especial que no revistan las garantías mínimas recogidas con carácter general en la Ley bajo análisis, hecho que agravaría la situación jurídica de los administrados.



Julio Guadalupe Báscones y
Enrique Vargas Ginocchio

adelante, LGA) (aprobada por Decreto Legislativo 1053 y que entró en vigencia con posterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1029), podrá vulnerar o contravenir los principios y garantías que regulan el procedimiento sancionador previsto en la LPAG, máxime si dichos principios y garantías cuentan, como hemos visto, con protección constitucional. No obstante, y como veremos seguidamente, en materia aduanera este elemental postulado no necesariamente se cumple.

4. Procedimiento sancionador aduanero y la distinción entre lo “tributario” y lo “administrativo”

4.1. Consideraciones generales

Como ha sido desarrollado, el poder sancionador del Estado es ejercido en dos ámbitos (penal y administrativo) derivados de una única potestad (*ius puniendi*) que le permite reprimir conductas consideradas nocivas para el desarrollo de la sociedad. Sobre esta base, y considerando que las manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado emanan de un mismo origen es que los principios del Derecho Penal resultan de aplicación, sin excepción alguna, al Derecho Administrativo Sancionador; ello debido, primordialmente, a que dichos principios cuentan con base constitucional y se derivan de elementales y fundamentales derechos del individuo.

Teniendo ello en consideración, la doctrina también es categórica al señalar que los principios del Derecho Penal deberán ser aplicados al ámbito administrativo. Al respecto, el profesor Alais afirma lo siguiente:

“(…) de todas formas, se puede concluir que se mantiene el convencimiento de que el Derecho sancionador y disciplinario administrativo, que regula en definitiva la potestad punitiva del Estado o del resto de los entes públicos, debe estar sujeto a los mismos principios valorativos e interpretativos que presiden el Derecho Penal, de modo que en garantía del interés público, del administrado, y funcionario, ambos derechos a pesar de sus matices se supeditan a unos criterios técnico-jurídicos comunes y unitarios”⁽⁸⁾.

(8) Horacio Félix Arias, *Régimen Infraccional Aduanero*; 17.

(9) Horacio Félix Arias, *Régimen Infraccional Aduanero*; 20.

En nuestra opinión, esta fundamental premisa resulta de aplicación general y sin excepciones, sin importar el tipo de procedimiento administrativo sancionador de que se trate ni cual sea la autoridad administrativa con facultad para aplicarlo.

Al respecto, y a propósito de la usual distinción (sin ningún tipo de sustento técnico) entre las infracciones tributarias y aduaneras, es interesante lo mencionado por el profesor Alais en el sentido que “tanto las infracciones tributarias como las aduaneras, a pesar de ser de neto corte administrativo, no cabe duda de que tienen una naturaleza jurídica penal”⁽⁹⁾.

4.2. Consideraciones particulares en el ámbito aduanero

Si nos referimos puntualmente al plano aduanero, podríamos decir que se suele efectuar una distinción (también sin ningún tipo de sustento técnico) entre las “infracciones aduaneras tributarias” y las “infracciones aduaneras administrativas” llegando a afirmarse que los principios del Derecho Administrativo Sancionador resultan de aplicación relativa para el primer caso (componente tributario) y sólo de aplicación plena para el segundo (componente no tributario).

Conforme a lo señalado por la Gerencia Jurídico Aduanera en diversos informes, tales como los No. 29-2013-SUNAT/4B4000 y 094-2013-SUNAT/4B4000, una infracción aduanera será de naturaleza tributaria sólo cuando aquellos elementos y propiedades estén vinculados a los aspectos sustantivos que regulan la obligación tributaria, tales como el hecho generador, el sujeto pasivo, la base imponible, la transmisión y la extinción de la obligación; mientras que una infracción será

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjetivicing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

de naturaleza administrativa cuando no tenga correlato con la obligación tributaria. En resumidas cuentas, toda infracción que no tenga naturaleza tributaria, será de naturaleza administrativa.

Entendemos que la Gerencia Jurídico Aduanera efectuó esta distinción conceptual (casi axiomática) sobre la base de lo señalado en la LGA, en particular en los artículos 205 y 209, de los cuales se desprende una diferencia en cuanto al trámite (entendemos procedimiento) que deberá seguirse en el caso de las infracciones aduaneras de naturaleza tributaria y las infracciones aduaneras de naturaleza administrativa.

La “tramitología” como elemento determinante para la distinción conceptual antes descrita ha sido advertida por autores nacionales, como Fernando Cosío quien sostiene que “las infracciones aduaneras pueden dividirse en administrativas y tributarias, siguiendo las primeras el trámite establecido en la Ley 27444 y las últimas se rigen por lo dispuesto en el Código Tributario”⁽¹⁰⁾.

No obstante, es de notar que posteriormente la Gerencia Jurídico Aduanera atribuyó efectos mucho más complejos (que el mero efecto tramitológico) a la distinción entre lo “tributario” y lo “aduanero” afirmando, mediante el informe No. 48-2015-SUNAT/5D1000, que los principios del Derecho Administrativo Sancionador previstos en la LPAG resultaban de aplicación únicamente para infracciones aduaneras de naturaleza administrativa pero no para infracciones aduaneras de naturaleza tributaria.

4.3. Tratamiento diferenciado entre lo “tributario” y lo “administrativo”

Aunque podamos no estar de acuerdo con lo señalado en el Informe en referencia, creemos que resulta meridianamente claro que lo concluido en él constituye una “flexibilización” de lo dispuesto en el artículo 189 de la LGA en el que se dispone que la infracción aduanera se determine en forma objetiva (sin importar la intención del agente).

Ello, porque el postulado de dicho artículo constituiría una regla general que, en principio, no admitiría excepciones. No obstante, la Gerencia Jurídico Aduanera hizo una

excepción en el caso de las infracciones “administrativas”. La razón, creemos, matizar de algún modo lo leonino que resultaba para los administrados la aplicación del postulado de la “objetividad”.

Si bien este criterio podría aliviar en buena medida el padecer de algunos operadores de comercio exterior (como, por ejemplo, agentes de aduana y depósitos aduaneros), se mantiene el calvario para los contribuyentes (en esencia importadores) quienes siguen viéndose perjudicados por el pago de elevadas multas para las cuales no resultan aplicables los principios básicos en materia sancionatoria como el de causalidad y culpabilidad.

La “flexibilización” en referencia ha sido plasmada ya a nivel normativo con ocasión de las modificaciones a la LGA dispuestas por el Decreto Legislativo 1235, en virtud de las cuales fue incorporado el segundo párrafo del artículo 190 de la LGA, según el cual “al aplicar las sanciones de suspensión, cancelación o inhabilitación se deben tener en cuenta los hechos y las circunstancias que se hubiesen presentado respecto a la comisión de la infracción, de tal manera que la sanción a imponerse sea proporcional al grado y a la gravedad de la infracción cometida”.

La convalidación a nivel normativo de la diferenciación entre “tipos de infracciones” para la aplicación o no de los principios del Derecho Sancionador Administrativo resulta del todo preocupante ya que la misma supone, en nuestra opinión, una flagrante vulneración de esenciales postulados de rango legal y constitucional afectando directamente, y de modo muy grave, derechos elementales del individuo como lo son el derecho a la presunción de licitud y de la debida y legítima defensa.

(10) Fernando Cosío Jara, *Comentarios a la Ley General de Aduanas* (Lima: Jurista, 2012); 782.



Julio Guadalupe Báscones y
Enrique Vargas Ginocchio

Debemos recordar que conforme al artículo 229 numeral 2 de la LPAG ningún procedimiento administrativo sancionador creado por una ley especial podrá vulnerar las garantías y principios previstos en la LPAG. Garantías y principios que, insistimos, cuentan con protección constitucional⁽¹¹⁾.

Es más, el artículo 171 del propio Código Tributario establece que “la Administración Tributaria ejercerá su facultad de imponer sanciones de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables”.

No entendemos, entonces, la lógica con que se ha legislado esta materia a nivel aduanero.

Por otro lado, si nos empeñamos en mantener la distinción entre la “infracción tributaria” y la “infracción aduanera” o entre la “infracción aduanera tributaria” y la “infracción aduanera administrativa” (o fórmulas por el estilo) no habría ninguna razón tampoco para empezar también a distinguir entre la “infracción municipal”, la “infracción ministerial” o la “infracción de organismos reguladores”. Distinciones, todas ellas, que sólo constituyen una excusa para hacer en vía indirecta lo que la LPAG, y la propia Constitución, prohíben de modo directo, esto es la creación de regímenes sancionadores particulares en virtud de los cuales los principios sancionadores sean dejados de aplicar y/o relativizados en beneficio de las arcas estatales pero en perjuicio de los administrados y del propio Estado de Derecho.

No es raro por ello, que aquellas infracciones (que se tildan de “tributarias”) en donde los principios sancionadores no se aplican o son relativizados sean precisamente aquellas sancionadas con multas (sanción pecuniaria). Si tenemos en

consideración que este tipo de sanciones se calculan en función a los tributos dejados de pagar (resultando por ello elevadas) podremos tener una idea de por dónde viene la mano con esta ya famosa distinción entre “tipos de infracciones”. Si a lo dicho se añade el hecho que en materia aduanera las multas por “infracciones aduaneras tributarias” son las más elevadas del sistema tributario nacional (200% de los tributos dejados de pagar) el tema no sólo resulta altamente preocupante sino del todo patético.

5. Las infracciones y sanciones aduaneras. El problema del criterio objetivo

Conforme a lo señalado en la Decisión No. 728 de la Comunidad Andina (CAN) una infracción administrativa aduanera es “toda acción u omisión que importa la violación de las disposiciones contenidas en la legislación aduanera, prevista como infracción administrativa y sancionable por la Autoridad Aduanera”.

Lo dispuesto a nivel comunitario se encuentra en línea con lo señalado a su turno en el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros de Kyoto, en el que se indica que una infracción aduanera es “toda violación o intención de violación de la legislación aduanera”⁽¹²⁾.

(11) Sobre el particular, resulta ilustrativo traer a colación lo señalado en el Anteproyecto de la Ley que propone la modificación de la LPAG (elaborado por el Grupo de Trabajo creado por Resolución Ministerial No. 0155-2012-JUS), el cual ratifica que ninguna ley especial puede crear un procedimiento sancionador que no cumpla con las garantías mínimas y principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Así, se ha señalado que “Ante la comprensión, en rigor equivocada, pero todavía sostenida por algún sector de la doctrina, de querer sostener pautas distintas a las previstas en la LPAG como base para la configuración de todo procedimiento administrativo sancionador, se busca hoy no quedarse en la sola mención de que los parámetros prescritos en el artículo 229 se aplican a los diferentes procedimientos establecidos en leyes especiales. Ahora, se va bastante más allá y se hace explícita referencia a la aplicación de estas pautas a procedimientos como los de carácter tributario, reforzando la disposición con carácter general ya vigente”.

(12) Si bien a la fecha el Perú no ha suscrito este Convenio, no es menos cierto que éste ha servido de base tanto para la adopción de normas nacionales y comunitarias en materia aduanera como para las respectivas negociaciones en el marco de los Tratados de Libre Comercio suscritos por nuestro país con sus principales socios comerciales.

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjetivicing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

Como se aprecia, la infracción aduanera es una contravención a las disposiciones aduaneras la cual se producirá siempre que las obligaciones aduaneras sean omitidas en cuanto a su cumplimiento, situación que resulta totalmente al margen de la naturaleza “tributaria” o “administrativa” que a dicha infracción se le quiera atribuir.

Lo que sí consideramos queda en claro es que la contravención a la “legislación aduanera” (como elemento determinante de la infracción aduanera) está referida a una norma con rango de ley y no de rango inferior (reglamentario).

Lo antes mencionado, sobre lo cual estimamos no hay discusión (aún en caso que pudiéramos avalar la distinción entre lo “tributario” y lo “administrativo”), resulta de la máxima importancia, pues proporciona al administrado un marco fundamental de protección a fin que sus derechos no se vean conculcados. Esta protección está amparada en principios previstos en la Constitución y la LPAG con la finalidad de proteger al administrado de excesos que podrían exponerlo a situaciones de injusticia e indefensión. Nos referimos, por ejemplo, a los principios de Legalidad según el cual para que un hecho sea calificado como infracción aduanera, debe estar previsto en la forma que establecen las leyes, previamente a su realización⁽¹³⁾ y el de Tipicidad en virtud del cual solo constituirán infracciones aduaneras aquellas previstas expresamente en las leyes mediante su tipificación como tales⁽¹⁴⁾.

El problema advertido, y que es el germen de la problemática objeto de comentario, es la distinción a nivel aduanero entre infracciones “tributarias” (multas) y “administrativas” (suspensión, cancelación, inhabilitación) a los efectos de aplicar o no aplicar (o aplicar parcialmente) los principios

del Derecho Administrativo Sancionador, lo cual, como ya se mencionó, resulta ilegal e inconstitucional.

Volviendo al tema de la “objetividad” como pauta de referencia para la atribución de responsabilidad en materia aduanera conforme a lo dispuesto en el artículo 189 de la LGA, resulta interesante citar a Juan Manuel Camargo quien señala que, en base a este sistema, la responsabilidad “se atribuye a un sujeto por el solo hecho de cometer un acto que esté tipificado como infracción, sin importar su estado o circunstancia personales”⁽¹⁵⁾.

Lo mencionado se encuentra en línea con lo expresado por Juan Velásquez en el sentido que el sistema objetivo en referencia “significa que basta el sólo incumplimiento de la obligación para que la infracción se configure, sin importar las razones que hayan motivado dicho incumplimiento”⁽¹⁶⁾.

Como se aprecia, la “determinación objetiva de la infracción aduanera” implica que la Administración Aduanera únicamente deba verificar que el administrado haya cometido el acto calificado como infracción en la LGA, sin considerar si éste tuvo o no dolo o culpa en la comisión de la infracción por la cual se le pretende imponer una determinada sanción.

Apréciase que bajo este sistema, los principios de legalidad y tipicidad cobrarán

(13) El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la Ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley (Expediente No. 2050-2002-AA, del 16 de abril de 2003); 1.

(14) El principio de taxatividad o de tipicidad “es concreción del principio de legalidad, y actúa como límite al legislador o autoridad administrativa, para que al proscribir una conducta y estipular la respectiva sanción, ésta sea tan precisa que cualquier individuo pueda aprehenderlas y adecuar su comportamiento” (Expediente No. 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre de 2004).

(15) Juan Manuel Camargo, “El Criterio Objetivo de atribución de responsabilidad en el sistema sancionador aduanero”, en el marco de la IV Jornada de Derecho Aduanero. <http://www.ius360.com/>

(16) Juan Velásquez Calderón, citado en *Doctrina y Comentarios al Código Tributario* (Lima: Instituto de Investigación El Pacífico, 2005); 560.



Julio Guadalupe Báscones y
Enrique Vargas Ginocchio

una importancia gravitante debido que, como indica Camargo “si el único factor del que depende la sanción es que se ejecute o no un acto, una tipificación exacta (en una ley o norma con dicho rango) es el único medio que permite aseverar sin lugar a dudas que el acto ha sido o no consumado”⁽¹⁷⁾.

El hecho que en la LGA se haya adoptado el sistema objetivo de determinación de infracciones genera que, en la práctica, la Administración Aduanera inaplique principios del derecho sancionador de origen constitucional como el de culpabilidad (al que nos referiremos más adelante), el de causalidad, presunción de licitud, debido procedimiento y el de legítima defensa, situación que acarreará que el supuesto infractor se encuentre en una situación de total indefensión ya que en ningún caso la infracción dejaría de ser determinada y la sanción impuesta por más justos y atendibles que resulten sus argumentos o fidedignas que sean las pruebas que pueda presentar.

6. El Principio de Culpabilidad y su aplicación al sistema de determinación de infracciones

El artículo 230 de la LPAG establece los principios que rigen y limitan la potestad sancionadora en el ámbito administrativo, dentro de los cuales se encuentran los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad, causalidad, presunción de licitud o de inocencia, etcétera.

Al respecto, si bien el principio de culpabilidad no ha sido expresamente previsto en este artículo, consideramos que cuando en su inciso 8 se señala, en relación con el principio de causalidad, que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”, se hace referencia a la voluntad del administrado que realiza la conducta prevista como infracción en la norma, sea a título de dolo o culpa. A la misma conclusión se arriba tras analizar el principio de presunción de licitud (o de inocencia), según el cual, y conforme ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 238-2002-AA/TC, las sanciones penales o administrativas deben estar basadas en la demostración de la culpabilidad del administrado⁽¹⁸⁾.

Así pues, en función a lo señalado, la única posibilidad de determinar infracciones administrativas estaría supeditada a la existencia y verificación de un nivel de intencionalidad (dolo o culpa) del agente infractor.

Al margen de las interpretaciones que pueda efectuarse en relación a si el principio de

(17) Juan Manuel Camargo, “El Criterio Objetivo de atribución de responsabilidad en el sistema sancionador aduanero”, en el marco de la IV Jornada de Derecho Aduanero. <http://www.ius360.com/>

(18) Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina ha señalado en su obra *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 9° ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011); 717-718 que “Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...) Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional. (...) En ese sentido, este principio, de causalidad, conecta con otro bastante debatido en el Derecho Administrativo sancionador: el de culpabilidad del infractor.” El mismo que “ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora.” (...) En relación con el principio de licitud o de inocencia, este autor señala que “es correcto lo afirmado por el Tribunal Constitucional respecto a que ‘toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; este debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad’” (Sentencia recaída en el expediente No. 238-2002-AA/TC)”. En base a ello, precisa que en virtud de este principio, se debe proceder a “la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad (si la evidencia efectuada en el procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva, *in dubio pro reo*”.

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjectivizing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

culpabilidad ha sido expresamente incorporado en el artículo 230 de la LPGA, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha admitido que este principio (el de culpabilidad) constituye una garantía del procedimiento administrativo sancionador y, en tal consideración, debe ser necesariamente aplicado al constituir uno de los límites necesarios para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Efectivamente, en adición a las sentencias recaídas en los expedientes No. 2050-2002-AA/TC y 2192-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha ratificado mediante sentencia recaída en el No. 01873-2009-PA/TC, que “(...) los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa: (...) Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva”.

El principio de culpabilidad implica que para efectos de la aplicación de una sanción debe necesariamente concurrir el elemento subjetivo del dolo o culpa. En ese sentido, Baca Oneto señala que “la regla general es que para poder sancionar se requiere culpabilidad entendida no sólo como responsabilidad por el hecho y como el principio de personalidad de las penas, sino también como exigencia de dolo o (como regla general) de culpa (...)”⁽¹⁹⁾.

Por su lado, Nieto García señala que: “En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la culpabilidad también se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través de dolo o culpa, incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, o sea, la derivada automáticamente del hecho. Este elemento subjetivo

es su componente esencial (...)”⁽²⁰⁾.

En relación con ello, José Alfredo Caballero afirma que “no podría estimarse cometida una infracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa”⁽²¹⁾. En este mismo sentido, Mario A. Madau refiere que bajo el principio de culpabilidad “la aplicación de una pena está condicionada a la existencia de dolo o culpa de conciencia en la antijuricidad”⁽²²⁾.

Al respecto, resulta importante lo mencionado por Rubio Correa en el sentido que “El Tribunal insiste mucho en considerar al principio de culpabilidad no solo como un derecho de la personas sino, fundamentalmente, como un límite a la potestad punitiva del Estado”⁽²²⁾.

La materia aduanera no puede quedar al margen de estos elementales postulados. Lo aduanero no constituye una isla en medio del océano. No existe ninguna justificación para que los principios de la potestad sancionadora administrativa (principio de culpabilidad incluido) no sean cabalmente aplicados en el ámbito aduanero.

De otro lado, y si bien es cierto que la actividad probatoria que debería generar la autoridad a los efectos de establecer la culpabilidad del agente implicaría que ésta incurra en mayores recursos, consideramos que la defensa de derechos fundamentales de los administrados

(19) Víctor Sebastián Baca Oneto, “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. *Estudios de Derecho administrativo 2010*, 2 (Uruguay: La Ley); 3-24.

(20) Alejandro Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4° ed. (Madrid: Tecnos, 2005); 378.

(21) José Alfredo Caballero Gea, *Procedimientos Contencioso - Administrativos*, 2° ed. (Madrid: Dykinson, 2007); 28.

(22) Mario Madau Martínez, “Aplicación de los principios de la potestad sancionadora contenidos en la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General en el Ámbito Tributario”, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* 56 (Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2013); 237.

(22) Marcial Rubio Correa, *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (Lima: Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008); 88.



Julio Guadalupe Báscones y Enrique Vargas Ginocchio

no puede quedar supeditada a lo más o menos oneroso que resulte para el Estado el garantizar que dichos derechos no sean conculcados.

La defensa de garantías elementales que constituyen la piedra angular del Estado de Derecho y de la protección de los derechos fundamentales del individuo no puede subsumirse en una fórmula “costo-beneficio”.

Sobre el particular, Juan Patricio Cotter refiere que “la presunción de inocencia es una garantía constitucional que impide atribuir responsabilidad jurídica y, como consecuencia de ello, restringir los derechos de una persona, si no se acredita debidamente y conforme a ley su participación objetiva y subjetiva en la producción del hecho ilícito”⁽²³⁾.

Bajo un sistema como este (subjetivo), los administrados tendrán mayores y mejores posibilidades de defensa. Así pues, como afirma Cotter, “solamente será entonces sancionado quien, además de haber configurado la conducta disvaliosa antes definida por el tipo, resultare culpable”⁽²⁴⁾.

7. Consideraciones finales

- i) Es necesario hacer referencia a que recientemente la Administración Aduanera, a través de la Gerencia Jurídico Aduanera, ha emitido informes en los cuales ha concluido que a pesar de haberse configurado la infracción (es decir, que el agente infractor realizó el hecho calificado como sancionable), no resultaba aplicable la sanción.

Uno de estos informes es el No. 72-2015-SUNAT/5D1000, en el cual, tras verificar que objetivamente se había cumplido el supuesto de hecho de infracción previsto en la norma, la Administración Aduanera concluyó que el sujeto de derecho no debía ser sancionado toda vez que éste no era responsable del hecho previsto como infracción. En este informe se señala textualmente que “la responsabilidad del agente de aduana en el despacho no puede incluir situaciones ajenas a su conocimiento, tales como falsedad, error o fraude”.

Otro informe ilustrativo es el No. 93-2015-SUNAT/5D1000, en el cual la Gerencia Jurídico Aduanera precisa que la responsabilidad no debe incluir situaciones ajenas al conocimiento del supuesto infractor, más aun teniendo en cuenta que la declaración de las descripciones mínimas no se encuentra dentro de la esfera de su responsabilidad sino más bien de la del importador; cuestión que deberá ser evaluada por el área consultante, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

Lo antes señalado evidencia claramente que la Administración Aduanera ha venido “flexibilizando” el criterio objetivo de determinación de infracciones, para entrar a analizar otros factores tales como si el sujeto de derecho que cometió la acción tipificada como infracción era o no responsable. Ello constituye manifestación evidente de que actualmente la Administración Aduanera está considerando criterios subjetivos para la aplicación de sanciones (por lo menos en el caso de las denominadas infracciones aduaneras “administrativas”).

- ii) De otro lado, es muy importante tener en consideración que en otros países, como Argentina (país, por cierto, en el que el derecho aduanero ha sido ampliamente desarrollado a nivel doctrinario) se aplica un sistema subjetivo de determinación de infracciones.

Efectivamente, el nuevo Código Aduanero (vigente desde 1981), desterró la determinación objetiva de las infracciones, consagrándose así, de forma definitiva, la atribución de

(23) Juan Patricio Cotter, “Las infracciones aduaneras. Consideraciones generales,” 1a ed., en *Estudios de Derecho Aduanero* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011); 517.

(24) Juan Patricio Cotter, *Derecho Aduanero*, 1° ed., Tomo II (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014); 1211.

“Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
“Subjetivizing the objectivity”. On purpose of the determination of customs infringements

responsabilidad subjetiva, según la cual debía mediar culpa, además de la verificación de la comisión del hecho objetivo, para que se configure una infracción.

La más autorizada doctrina de dicho país sostiene que la aplicación de un sistema de determinación subjetiva de infracciones ha permitido que los administrados puedan ejercer debidamente su derecho a la defensa⁽²⁵⁾.

8. Conclusiones

- a) En general, es indispensable que en todo procedimiento sancionador (sin excepción alguna) se garantice el cumplimiento de garantías mínimas que permitan al administrado poder actuar conforme a ley y teniendo absoluta certeza de cuáles acciones podrían ser calificadas como infracción.
- b) En virtud de lo señalado en la LPAG (artículos 229 numeral 2 y artículo 230), se concluye que los principios del derecho sancionador contenidos en ésta resultan aplicables, sin excepción, a todos los procedimientos administrativos sancionadores, inclusive los previstos en normas especiales.
- c) De acuerdo a lo establecido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los procedimientos administrativos sancionadores se deberá necesariamente aplicar el principio de culpabilidad, el

mismo que se encuentra contenido en los principios de causalidad y presunción de licitud recogidos en el artículo 230 de la LPAG. En base a ello, se encuentran proscritos los sistemas objetivos de determinación de infracciones.

- d) La diferenciación entre infracciones “administrativas” e infracciones “tributarias” a los efectos de determinar consecuencias en lo relativo a la aplicación total o parcial de los principios del derecho sancionador carece de sustento técnico y legal. El Tribunal Constitucional y la LPAG han establecido con claridad que en todo procedimiento administrativo sancionador, sin excepción alguna, se deben aplicar los principios básicos que tutelan los derechos de los administrados, entre los cuales se encuentran los principios de causalidad, presunción de licitud, culpabilidad, debido procedimiento y legítima defensa.
- e) La LGA se aparta de lo señalado por el Tribunal Constitucional en el sentido que el principio de culpabilidad constituye una garantía dentro de todo procedimiento administrativo sancionador en virtud al cual para que alguien sea sancionado, previamente se deberá probar su culpabilidad. Por ello, somos de la opinión que el artículo 189 de la LGA (que establece que las infracciones aduaneras se determinan de forma objetiva) resulta inconstitucional y, por ende, debería ser dejado sin efecto.
- f) Mientras que el cambio normativo propuesto no se concrete, resulta positivo el hecho que, en la actualidad, la Administración Aduanera esté *subjetivando la objetividad* al momento de determinar las infracciones aduaneras. Ello ha quedado demostrado con algunos informes vinculantes expedidos por la Gerencia Jurídico Aduanera y a los cuales hemos hecho mención en este artículo. 

(25) Para ampliar este tema, puede verse: Juan M. Sluman, “Pensando la culpa en las infracciones aduaneras”, en *Estudios de Derecho Aduanero*. Juan Patricio Cotter, *Derecho Aduanero*, 1° ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011); 517. Juan Patricio Cotter, *Derecho Aduanero*; 1209 y siguientes.