

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN Y
CONTRABANDO ADUANEROS Y SUS EFECTOS SOBRE EL
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

ZULMA MAITÉ AVILA HERRERA

GUATEMALA, JUNIO DE 2006

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN Y
CONTRABANDO ADUANEROS Y SUS EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

ZULMA MAITÉ AVILA HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2006

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
Vocal III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Hugo Roberto Jáuregui
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretaria:	Licda. Gloria Leticia Pérez Puerto

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Crista Ruíz de Juárez
Vocal:	Licda. Vilma Lucrecia Castillo Acevedo
Secretario:	Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

DEDICATORIA

A DIOS TODO PODEROSO

Por permitirme la vida y llegar a este feliz día.

A MIS PADRES

Rigoberto Avila y Margarita Herrera de Avila por su amor, apoyo incondicional en toda mi vida.

A MIS HERMANOS

Liz (+), Karen, Haidy y César con cariño sincero.

A MIS SOBRINOS

Christian y Alejandra que mi esfuerzo les sirva de ejemplo.

A MIS COMPAÑEROS

Wendy, Anita, Alcira, Angelita, Ronald y Mario por las alegrías compartidas.

A MI AMIGO

Oskar Castillo Di Donato con cariño especial.

EN ESPECIAL

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA por las enseñanzas recibidas.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

Delitos contra el régimen tributario

1.1 La defraudación aduanera.....	2
1.2 Antecedentes históricos de la defraudación aduanera.....	2
1.3 Concepto.....	7
1.4 Características.....	7
1.5 Elementos del delito de defraudación aduanera.....	8
1.6 Tipo penal.....	9
1.7 Evasión, elusión, defraudación.....	10
1.8 Regulación legal.....	11
1.9 Derecho comparado.....	14

CAPÍTULO II

El contrabando aduanero

2.1 Antecedentes históricos del contrabando aduanero.....	17
2.2 Concepto.....	19
2.3 Características.....	20
2.4 Elementos del delito de contrabando aduanero.....	21
2.5 Tipo penal.....	22
2.6 Ardid o engaño.....	23
2.7 Regulación legal.....	23
2.8 Derecho comparado.....	25

CAPÍTULO III

	Pág.
Análisis de la ley contra la defraudación y el contrabando aduaneros	
3.1 Prohibiciones y limitaciones que hace la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros en cuanto la devolución de las mercancías.....	27
3.2 Jerarquía de las leyes.....	30
3.3 Disposiciones generales de la ley y disposiciones específicas.....	34
3.4 Regulación jurídica aplicable a los delitos de defraudación y contrabando aduanero.....	35
3.5 Del Código Aduanero Uniforme Centroamericano.....	35

CAPÍTULO IV

Principios constitucionales que inspiran el proceso penal guatemalteco	
4.1 Principio constitucional de presunción de inocencia.....	45
4.2 El principio de legalidad en materia penal.....	51
4.3 Debido proceso.....	53
4.4 Derecho de defensa.....	55
4.5 Derecho de excepcionalidad en la aplicación de las medidas coercitivas.....	57
CONCLUSIONES.....	63
RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN

De conformidad con los “Acuerdos de Paz firme y duradera” que culminaron las negociaciones entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca URNG en el año 1996, acuerdos en los cuales se estableció que la política tributaria debe concebirse de forma que permita la recaudación de los recursos necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado, dentro de un sistema tributario que se enmarque en principios básicos que entre otros destaca el de ser un sistema justo, equitativo y globalmente progresivo, conforme al principio constitucional de capacidad de pago.

En dichos acuerdos se establece que el Estado debe asegurar la eficacia y transparencia en la recaudación tributaria y la administración fiscal, a fin de fomentar la confianza de los contribuyentes en la gestión estatal y eliminar la evasión y defraudación fiscal.

Con base en ello se creó la Superintendencia de Administración Tributaria, que de conformidad con el Decreto 1-98 del Congreso de la República, es una entidad estatal descentralizada, que tiene competencia y jurisdicción en todo el territorio nacional para el cumplimiento de sus objetivos, tiene las atribuciones y funciones que le asigna la ley, y entre otros ejerce la administración del régimen tributario, aplicar la legislación tributaria, la recaudación, control y fiscalización de todos los tributos internos

(ii)

y todos los tributos que gravan el comercio exterior, que debe percibir el Estado, con excepción de los que por ley administran y recaudan las municipalidades.

Principalmente en el desarrollo del presente trabajo el tema principal es la obligación de administrar el sistema aduanero de la República de conformidad con la ley, los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, y presentar denuncia, provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, en los casos de presunción de delitos y faltas contra el régimen tributario, de defraudación y de contrabando en el ramo aduanero.

Es por ello que se desarrolla en el capítulo I el delito de defraudación aduanera y en el capítulo II el delito de contrabando aduanero, ambos delitos regulados en el Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, la cual en su Artículo 16 literal f) que fue reformado en el año 2001, por el Decreto 30-2001 del Congreso de la República, y con dicha reforma el referido artículo en su literal f) regula lo siguiente: Las mercancías, bienes o artículos incautados deberán permanecer en los recintos aduaneros y sólo podrán devolverse al consignatario o importador por el juez competente cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y ésta se encuentre firme. Dicho sustento legal atenta contra los principios constitucionales de presunción de inocencia, derecho de defensa y juicio previo contenidos en la carta magna, es por ello que en el capítulo III se realiza un breve análisis a la ley referida y en el capítulo IV se mencionan los principios procesales, con lo cual se pretende en el presente trabajo de tesis y a través del estudio técnico jurídico

(iii)

de las normas jurídicas referidas establecer que la disposición contenida en el Artículo 16 de la Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduaneros específicamente en su literal f) viola flagrantemente el principio constitucional de presunción de inocencia, derecho de defensa y juicio previo.

CAPÍTULO I

1. Delitos contra el régimen tributario

Los delitos contra el régimen tributario constituyen el punto de convergencia de dos ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal y el Derecho Tributario. El primero aporta todo un sistema de garantías y límites indispensables, dada la gravedad que comporta la pena, y el segundo, brinda todos los elementos necesarios para delimitar el hecho punible. La compleja realidad tributaria guatemalteca sobre la que se proyecta el Derecho Penal, genera una lista de dificultades que se plantean en el trabajo y que permite proponer respuestas viables.

Las figuras más importantes de delito reguladas en esta materia son:

- Defraudación tributaria
- Retención indebida de tributos
- Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria
- Defraudación aduanera
- Contrabando aduanero
- Falsedad material
- Falsedad ideológica

En el presente trabajo nos referiremos específicamente a la defraudación aduanera y el contrabando aduanero.

En Guatemala, respecto a estos delitos contra el régimen tributario, en cuanto a su aplicación en el derecho procesal, siguen los mismos lineamientos generales del derecho penal y derecho procesal penal, pero con algunas especiales características en atención a la materia de que tratan. Es lógico suponer, que difícilmente pueda encontrarse un interés particular afectado por la comisión del delito, pues casi todo el ámbito del régimen tributario está referido a la recaudación de impuestos por parte del Estado, quien a través de los órganos correspondientes ejerce la función fiscalizadora que le compete y determina la existencia de anomalías en el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del contribuyente.

1.1. La defraudación aduanera

1.1.1. Antecedentes históricos de la defraudación aduanera

La defraudación aduanera está íntimamente relacionada con el sistema aduanero nacional cuya historia se encuentra muy compleja en cuanto a la emisión y aprobación de leyes que contienen en su haber todas las operaciones, trámites, gestiones e infracciones sobre el ramo de aduanas, tal como lo manifiesta el Lic. Benjamín Isaac Morales Gil en su tesis denominada “Estudio analítico de la Ley Contra la Defraudación y Contrabando en el Ramo Aduanero y su aplicación de conformidad con el Código Procesal Penal” del año 1996, en la cual hace una relación de la

serie de leyes de aduanas que cobraron vigencia en su oportunidad, pero debido a los constantes avances fueron derogadas por otras leyes más eficaces en el control y jurisdicción del ramo aduanero, las cuales enumera de la siguiente forma:

- a) El 1 de mayo de 1929 mediante Decreto Legislativo número 1581, conocido como Código de Aduanas, el cual para su fortalecimiento se auxilia del Arancel de Aduanas, contenido en el Decreto Gubernativo número 1005, entra en vigencia el 4 de junio de 1929.
- b) El 4 de noviembre de 1930 se deroga el Decreto referido en el numeral anterior, emitiendo un nuevo Código de Aduanas contenido en el Decreto Legislativo número 1672.
- c) Reformas al Arancel de Aduanas, mediante Decreto Legislativo número 1673 que entró en vigencia el 26 de noviembre de 1930.
- d) El 1 de abril de 1932 conforme Decreto legislativo número 1767 aprueba el Decreto legislativo 1178 que adiciona las penas por contrabando y defraudación en el ramo de licores y deroga el Decreto 1184.
- e) Posteriormente nació a la vida jurídica el Decreto 2064, de la Asamblea Nacional Legislativa, conocido como Código de Aduanas.
- f) El 2 de diciembre de 1940, mediante Decreto Gubernativo 2667 señala penas relativas a infractores por la comisión de los delitos de contrabando y defraudación en el ramo específico de aduanas; y

- g) Ley Contra el Contrabando y la Defraudación, Decreto 1015 del Congreso de la República.
- h) En la actualidad se encuentra vigente el Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, reformado por los Decretos 103-96, 30-2001 del Congreso de la República.

Obviamente el derecho es cambiante y tal como el tráfico comercial cambia constantemente, los procedimientos se modernizan con el fin que sea más ágil, así también cambian las leyes, es por ello que las leyes relacionadas son el antecedente para la actual ley que regula lo relacionado con la defraudación y el contrabando aduanero. Sin embargo el hecho que cambien constantemente las mismas no significa que aún así contengan errores, arbitrariedades o incluso inconstitucionalidades.

Como se menciona en este último literal, es precisamente con la Ley Contra la Defraudación y Contrabando Aduaneros, que aparece en nuestra legislación tipificado el delito de defraudación aduanera, cobrando auge tal legislación aunado a ello con la creación de la Superintendencia de Administración Tributaria en el año 1998.

La Superintendencia de Administración Tributaria fue creada, de conformidad con el Decreto 1-98 del Congreso de la República, Ley

Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, como una entidad estatal descentralizada, que tiene competencia y jurisdicción en todo el territorio nacional para el cumplimiento de sus objetivos, tiene las atribuciones y funciones que le asigna la ley, goza de autonomía funcional, económica, financiera, técnica y administrativa, así como personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios.

Es objeto de la Superintendencia de Administración Tributaria - SAT-, ejercer con exclusividad las funciones de Administración Tributaria contenidas en la legislación de la materia y ejercer las funciones específicas, que establece el Artículo 3 del Decreto 1-98 del Congreso de la República que entre otras están:

- 1) Ejercer la administración del régimen tributario, aplicar la legislación tributaria, la recaudación, control y fiscalización de todos los tributos internos y todos los tributos que gravan el comercio exterior, que debe percibir el Estado, con excepción de los que por ley administran y recaudan las municipalidades.
- 2) Administrar el sistema aduanero de la República de conformidad con la ley, los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, y ejercer las funciones de control de naturaleza paratributaria o no arancelaria, vinculadas con el régimen aduanero.

- 3) Establecer mecanismos de verificación de precios, origen de mercancías y denominación arancelaria, a efecto de evitar la sobrefacturación o la sub-facturación y lograr la correcta y oportuna tributación.
- 4) Presentar denuncia, provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, en los casos de presunción de delitos y faltas contra el régimen tributario, de defraudación y de contrabando en el ramo aduanero.
- 5) Promover la celebración de tratados y convenios internacionales para el intercambio de información y colaboración en materia aduanera y tributaria.

De los objetivos y funciones de la Superintendencia de Administración Tributaria expuestos, claramente se desprende que es la entidad encargada de administrar el sistema aduanero de la República y consecuentemente, controlar el sistema aduanero y en ese sentido presentar denuncia cuando se presume la comisión de los delitos de contrabando y defraudación aduanera.

1.1.2. Concepto

Defraudación en el ramo aduanero es toda acción u omisión por medio de la cual se evade dolosamente en forma total o parcial el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero guatemalteco.

1.1.3. Características

Bajo la denominación de “defraudación” se agrupan una serie de tipos delictivos que se caracterizan por la producción de una lesión patrimonial en la víctima, ocasionada por fraude, esto es, por medio de un engaño al cual es inducida por el sujeto activo. Dentro del campo de las defraudaciones, la figura más caracterizada es la “estafa”, y ésta se encuentra integrada por tres elementos básicos:

- El ardid o el engaño desplegado por el sujeto activo
- El error de la víctima
- La lesión patrimonial del sujeto pasivo

Existe una relación de causalidad entre los elementos mencionados, pues es el despliegue de una actividad engañosa por parte del sujeto activo el que induce a error a alguien que, en razón de ese error, efectúa una disposición patrimonial que le resulte perjudicial.

De conformidad con la doctrina, la modalidad más típica de los delitos tributarios de daño es la llamada “evasión”, consistente en el incumplimiento doloso de las obligaciones tributarias acompañado de maniobras ardidasas o engañosas tendientes a impedir que el fisco detecte el daño sufrido.

Se trata de una figura de daño patrimonial, en la que la materialidad de la acción consiste en dejar de ingresar al fisco sumas que le son adeudadas en concepto de “tributos” mediante el empleo de maniobras ardidasas o engañosas.

1.1.4. Elementos del delito de defraudación aduanera

Desde el punto de vista puramente doctrinal es ilustrativa la definición de Soler respecto del “delito” como acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal.¹

La acción, que debe ser entendida en sentido amplio como voluntad exteriorizadora que comprende tanto la acción como la omisión.

Esta voluntad está orientada al incumplimiento de obligaciones sustanciales o formales. Cuando el obligado se resiste al pago de la prestación que el Estado le exige en virtud de su poder de imperio, incurre en una conducta antijurídica. Cuando se habla de acción voluntaria se

¹ Gurfinkel de Wendy, Eduardo Ángel Russo. **Ilícitos tributarios**, pág. 16.

reconoce la presencia de un elemento intencional que se traduce en dolo o culpa.

Y para finalizar con los elementos, se tiene que debe aplicarse el principio de legalidad, es decir que se debe adecuar esa acción a una figura penal, debidamente regulado por la ley.

1.1.5. Tipo penal

Los tipos penales tienen previstas la forma general en que un comportamiento puede estar sujeto a una sanción penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una manifestación del principio constitucional de legalidad, pues sólo los hechos descritos en la ley como delitos pueden considerarse como tales. El tipo es un concepto, describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena. El tipo tiene que estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe.

En congruencia con lo indicado al hablar de defraudación aduanera, existe una conducta, una omisión que se considere típica, culpable, antijurídica y sancionable a la que se puede señalar como tipo básico la legislación contenida en el Decreto 58-90 del Congreso de la

República, en la cual se determina los tipos básicos que configuran la comisión de ese ilícito, en donde el núcleo del tipo lo constituye el verbo defraudar.

1.1.6. **Evasión, elusión, defraudación**

Evasión: La primera de las acciones típicas previstas en la norma es la de “evadir” el pago de tributos. No es unívoca entre los autores la acepción del término “evasión”, pues existen quienes no sólo consideran incluidos en el mismo las formas ilícitas de disminución de la carga tributaria, sino también los supuestos lícitos de evitación.

Elusión: Es necesario, efectuar una distinción entre la “evasión y la “elusión” ya que, ambos conceptos no son sinónimos. La elusión consiste en la utilización de medios lícitos tendientes a obtener una reducción de la carga tributaria, los cuales, necesariamente, están fuera del ámbito de la normativa penal, puesto que, precisamente, se trata de medios jurídicamente irreprochables.

Para la configuración del delito, además de las maniobras ardidasas y el propósito de perjudicar al fisco, es necesario que el daño patrimonial se haya consumado, y que este daño revista cierta entidad.

Defraudación: Delito comprendido en el concepto genérico de estafa, quien por disposición de la ley, de la autoridad, o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un lucro indebido, o para causar daño, violando sus deberes, perjudicase los intereses que le fueron confiados, apropiándose de ellos, o bien dándole un destino distinto.

En el derecho argentino el Código Aduanero Artículo 865 reprime a quien mediante un ardid o engaño impide o dificulte el adecuado ejercicio de las funciones de control aduanero, considerándose defraudación aduanera, la cual puede considerarse como una figura agravada.²

1.1.7. Regulación legal

La Defraudación aduanera se encuentra regulada en el Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, la cual en su Artículo 1. establece:

“De la defraudación aduanera. Defraudación en el ramo aduanero es toda acción u omisión por medio de la cual se evade dolosamente, en

² Soler, Oswaldo H. **Derecho tributario, económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal**, pág. 411

forma total o parcial, el pago de los tributos aplicables al régimen aduanero. También constituye defraudación la violación de las normas y aplicación indebida de las prohibiciones o restricciones previstas en la legislación aduanera, con el propósito de procurar la obtención de una ventaja infringiendo esa legislación.

Así también el Artículo 2 contempla los casos especiales de defraudación aduanera y para el efecto estipula: “De los casos especiales de defraudación aduanera. Son casos especiales de defraudación en el ramo aduanero:

- a) La realización de cualquier operación empleando documentos en los que se alteren las referencias, calidad, clase, cantidad, peso, valor, procedencia u origen de las mercancías.
- b) La falsificación del conocimiento de embarque guía aérea carta de porte, factura comercial, carta de corrección o certificado de origen o cualquier documento equivalente, sin perjuicio de la responsabilidad en que se incurra por el hecho mismo de la falsificación.
- c) La sustitución de las mercancías exportadas o importadas temporalmente, al tiempo de efectuarse la reimportación o la exportación.
- d) La utilización de mercancías importadas al amparo de una franquicia o reducción del pago de los tributos aplicables, en fines distintos de aquellos para los cuales fue concedida la franquicia o reducción.
- e) La celebración de contratos de cualquier naturaleza, con base en documentos que amparen mercancías total o parcialmente exentas del

pago de derechos e impuestos a la importación, sin la previa autorización que sea necesaria.

- f) La enajenación por cualquier título, de mercancías importadas temporalmente, cuando no se hayan cumplido las formalidades aduaneras para convertir dicha importación en definitiva.
- g) La disminución dolosa del valor o de la cantidad de las mercancías objeto de aforo, por virtud de daños, menoscabo, deterioros o desperfectos, en forma ostensible mayor a la que debiera corresponder.
- h) Las disminuciones indebidas de las unidades arancelarias, que durante el proceso del aforo se efectúen o la fijación de valores que no estén de acuerdo con lo dispuesto por la legislación arancelaria vigente.
- i) La declaración inexacta de la cantidad realmente ingresada o egresada introducida al territorio aduanero nacional.
- j) La obtención ilícita de alguna concesión, permiso o licencia para importar mercancías total o parcialmente exentas o exoneradas de tributos.
- k) La determinación del precio base de las mercancías objeto de subasta, con valor inferior al que corresponda.
- l) Usar forma o estructura jurídica manifiestamente inadecuada, para eludir tributos.
- m) Tener en su poder mercancías no originarias del país, en cantidades mayores a las amparadas por los documentos de importación o internación respectivos.
- n) La omisión de declarar o la declaración inexacta de las mercancías o de los datos y requisitos necesarios para la correcta determinación de los

tributos de importación, en pólizas de importación, formularios aduaneros u otras declaraciones exigidas por la autoridad aduanera para este efecto.”

Esta literal n) se adicionó por el Artículo 9 del Decreto número 30-2001 del Congreso de la República, publicado el 2 de agosto de 2001.

1.1.8. Derecho comparado

En la legislación argentina, esta modalidad delictual, de defraudación aduanera se hallaba tradicionalmente regulada en la Ley 11.683 y se le conocía bajo la denominación de “defraudación fiscal”.

La pena para este ilícito estuvo siempre configurada por una sanción de carácter pecuniario, proporcional al daño causado, a lo que se agregó, en los últimos años previos a la sanción de la Ley 23.771, la amenaza de prisión de un mes a dos años, para los supuestos de reincidencia, o cuando el perjuicio patrimonial superase determinado importe.³

En la legislación española, la Ley 24.769, dispone que para ser merecedor de la pena establecida en el mismo, es necesario que el

³ **Ibid** pág. 418

perjuicio supere los topes fijados en la norma, y que tal superación se produzca en un cierto espacio temporal. La figura requiere que el importe “evadido” supere la suma de \$100.000 por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratare de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año.

CAPÍTULO II

2. El contrabando aduanero

2.1. Antecedentes históricos del contrabando aduanero

De igual forma que el delito de defraudación aduanera, el contrabando aduanero estaba regulado en una serie de leyes que han sido derogadas, tratando de que cumplan su función de ser más eficaces de acuerdo con los avances del control y la jurisdicción del ramo aduanero, Leyes que fueron enumeradas en el apartado de antecedentes históricos de la defraudación aduanera, razón por la cual no volvemos a enumerarlas.

Se estima oportuno hacer una breve referencia al origen de las Aduanas, así como su etimología; la palabra aduana posee una etimología muy confusa, unos lo hacen del árabe “Al Diovan” casa o lugar donde se reunían los administradores de finanzas para la percepción de derechos o impuestos, del italiano “Dogona” (del lux) ambas del persa “Divan”, lugar o local de reunión de los administradores financieros. En inglés se denomina “Custom House” del Latín “Customa” del Alemán Zoll antiguo “Zol” germano, Adayuan palabra árabe que significa libro de cuentas derivado del Alemán.

La aduana es una institución antiquísima, aunque su organización con arreglos a los sistemas en uso data de los últimos Siglos, primariamente predominó el régimen fiscal de las aduanas, siendo después utilizadas éstas

para defender y proteger las industrias, sin perder por eso su carácter principal de fuente de recursos financieros para los Estados.

El descubrimiento de América abrió nuevos derroteros al comercio internacional, en virtud de la expansión colonial de España. De ahí surgió más tarde, en Siglo XVI la política comercial mercantilista, caracterizada por la práctica de dictar leyes fiscales para prohibir la exportación de oro y plata. Para establecer y fomentar el comercio entre la metrópoli y sus posesiones americanas, se fundó en Sevilla cuyo puerto era entonces el último habilitado para el comercio con las Indias, la casa de contratación. El tráfico comercial entre Europa y América sólo podía hacerse en aquella época en dos flotas que anualmente debían salir de los puertos habilitados de la península, primero fue el de Sevilla, después el de Cádiz y posteriormente los de otras provincias de España.

De las aduanas latinoamericanas podemos concertar su historia en tres etapas: Primera etapa: Desde la independencia a la crisis de 1929, época en que los aranceles tienen relevancia como instrumentos financieros. Segunda etapa: Período de 1930 a 1958-60, marginación de los instrumentos aduaneros con excepción de los países pequeños que mantuvieron los aranceles como objetivo financiero. Tercera etapa: 1958 a la fecha, surgen los procesos de integración de unidades aduaneras, instaurando el arancel como instrumento de política económica y de la política aduanera en particular.

Actualmente el delito de contrabando aduanero al igual que la defraudación aduanera se encuentra tipificado en el Decreto 58-90 del Congreso de la República Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, reformado por los Decretos 103-96 y 30-2001 del Congreso de la República.

2.2. Concepto

El contrabando lo podemos resumir como el ingreso ilegal de mercancía extranjera a nuestro país, burlando los controles aduaneros, así como el mal uso de beneficios otorgados exclusivamente a las zonas de menos desarrollo, habitualmente las zonas fronterizas.

El delito de contrabando se debe definir como acción típicamente antijurídica y culpable; al definirla como acción, nos referimos a toda acción humana, ya que sólo el ser humano puede cometer delitos. Y así como se circunscribe la acción del hombre, se amplía a todo tipo de acción y su resultado, ya sea por acción o por omisión. La acción debe ser típica, es decir encuadrarse en algún tipo penal.

Es esencial tener en cuenta que en derecho penal no se puede incriminar por analogía. Nadie puede ser penado sino en virtud de una sentencia, fundada en ley anterior al hecho del proceso. Más aún, el delito es acción típicamente antijurídica, es decir no vale que solamente se disponga aplicar sanción al que cometiere contrabando, sino que la tipicidad debe darse en

toda la figura delictiva en cuanto a la intención, acción y resultado, su consecuencia, los medios empleados, su resultado, el bien jurídico tutelado, y así sucesivamente todas las características de este delito debidamente encuadrado en la figura penal. Por último debe ser típicamente culpable, refiriéndose ello a cómo tipifica la figura penal la voluntad del actor para cometer el delito.

2.3. Características

Como ya se mencionó comete contrabando, todo aquel que, en contra de las disposiciones positivas, con el objeto de ingresar o egresar mercadería a y de territorio aduanero, mediante ardid o engaño, dificulta u obstruye el control que el servicio aduanero debe realizar sobre las mercancías. Y en cuánto a sus características tenemos:

Impedir o dificultar es el objetivo para el que se produce la acción u omisión del actor. Impedir significa evitar el control correspondiente, y de esta forma, se quita el mismo en manera total. En tanto que dificultar es hacer más ardua esa función, con la intención de confundir al servicio en el control que debe ejercer sobre la mercadería, que se pretende introducir o extraer del territorio aduanero, de la simple lectura, se entienden las diversas acciones del actor, que en el primer caso extrae totalmente la mercadería del control aduanero, evitando su percepción por completo, como es el ocultar aquélla en lugares no habituales de portación. Y en el segundo, comete la acción de confundir al servicio, a los

fines que se considere la mercadería, de manera diversa a la que realmente corresponda, si fuera ese el caso del tipo de contrabando.

Para ello, debemos tener en cuenta que las normas aduaneras se dictan a los fines del traslado internacional de la mercadería, pues para el caso de mercadería original o producida en el país y comercializada internamente, no van a tener injerencia las normas aduaneras. Estas normas entran en vigencia cuando se comercializa entre diversos países, es decir cuando existe un traslado de bienes de un país a otro. Por esto, es imprescindible el tratamiento universal de la misma y, en consecuencia, se firman tratados internacionales, otorgándose posición arancelaria mundial a todo tipo de mercadería, cabe aclarar que en el caso tratado, el servicio aduanero es el que obligatoriamente determina la posición arancelaria, en virtud de la descripción de la mercadería que haga el importador o exportador, mencionando la naturaleza, especie, calidad, estado, peso, cantidad, precio, origen, procedencia, a los fines de permitir la correcta clasificación por aquél. Pero la acción de impedir o dificultar puede ocurrir en la mala enunciación de los datos exigidos y mencionados.

2.4. Elementos del delito de contrabando aduanero

La conducta antijurídica y culpable en el campo del derecho penal, se convierte en delito, y en materia tributaria, esa conducta antijurídica puede devenir en un delito, cuando es aprehendida por la ley penal tributaria.

Para que haya delito se requiere:

- a) La conducta de un hombre (por acción u omisión)
- b) Antijurídica (contraria al mandato legal)
- c) Que haya sido aprehendida por un tipo penal (típica)
- d) Culpable (subjetivamente reprochable para el derecho)
- e) La mercancía
- f) Omisión de pago de impuestos
- g) Reducción de pago de impuestos

Debemos tener en cuenta, para una justa apreciación de lo que es un contrabando, la relación que debe existir entre todos los elementos de la definición. El acto u omisión debe estar ordenado en la mente y voluntad del actor, el cual realizará los actos tendientes a impedir o dificultar suficientemente a través del ardid o engaño, con la programación necesaria, mental y prácticamente, el adecuado y normal ejercicio de las funciones legales y ordinarias del servicio aduanero, o de las fuerzas de seguridad que cumplan las veces de control de toda aquella mercadería que se importe o exporte de territorio aduanero.

2.5. Tipo penal del delito de contrabando aduanero

El tipo penal especifica la antijuricidad describiendo las modalidades de ataque al bien jurídico protegido. El bien jurídico tutelado es el fisco, el correcto

ingreso de los tributos o impuestos que se deben pagar por la importación de mercancía. El tipo asume una función de garantía jurídico-política y social. Sólo puede considerarse delito al hecho que tiene una pena fijada en la ley.

2.6. Ardid o engaño

Estos son los métodos utilizados para la comisión del ilícito analizado. Ambos términos son equiparados en la doctrina, pero se consideran diversos entre sí, por lo que mientras el ardid es cualquier creación del actor para producir el error en el servicio aduanero, el engaño es mostrar una situación diversa o distinta a la real.

2.7. Regulación legal

El delito de contrabando aduanero, se encuentra regulado en el Decreto 58-90 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, el cual estipula en el Artículo 3 lo siguiente: “Del contrabando aduanero. Constituye contrabando en el ramo aduanero, la introducción o extracción clandestina al y del país de mercancías de cualquier clase, origen o procedencia, evadiendo la intervención de las autoridades aduaneras, aunque ello no cause perjuicio fiscal. También constituye contrabando la introducción o extracción del territorio aduanero nacional, de mercancías cuya importación o exportación está legalmente prohibida o limitada.”

Así también el Artículo 4 de la misma Ley regula los casos especiales de Contrabando Aduanero y establece: “De los casos especiales de contrabando aduanero. Son casos especiales de contrabando en el ramo aduanero.

- a) El ingreso o la salida de mercancías por lugares no habilitados.
- b) La sustracción, disposición o consumo de mercancías en los depósitos de aduana, sean éstos públicos o privados, o bien en recintos habilitados al efecto, antes del pago de los derechos de importación correspondiente.
- c) El embarque, desembarque o transbordo de mercancías sin cumplir con los trámites aduaneros correspondientes.
- d) La internación o extracción clandestina de mercancías ocultándolas en doubles fondos, en otras mercancías, en el cuerpo o en el equipaje de las personas o bien usando cualquier otro medio que tenga por objeto evadir el control aduanero.
- e) La internación de mercancías procedentes de zonas del territorio nacional que disfrutan de regímenes fiscales exoneratorios o en cualquier forma privilegiados, a otros lugares del país donde no existen tales beneficios, sin haberse cumplido los trámites aduaneros correspondientes.
- f) El lanzamiento en el territorio del país o en su mar, territorial de mercancías extranjeras con el objeto de utilizarlas evadiendo a la autoridad aduanera.
- g) La violación de precintos, sellos, puertas, envases, y otros medios de seguridad de mercancías cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o que no estén destinadas al país.

- h) Cualquier otra forma de ocultación de mercancías al tiempo de ser introducidas o sacadas del territorio aduanero nacional, o durante las operaciones de registro o el acto de aforo.

2.8 Derecho comparado

En España tal como lo afirman algunos autores, las conductas constitutivas de infracción de contrabando se convierten en delitos de contrabando cuando superan determinados límites o se realizan a través de una organización y constituyen delito de contrabando⁴:

- a) La importación o exportación de mercancías de lícito comercio, sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas, y en general, el tráfico de bienes en el que se incumplan los requisitos establecidos por las leyes, siempre que el importe de las mercancías sea igual o superior a 18.030,35 euros (3.000.000 de pesetas), o cuando, en ejecución de un plan preconcebido, se realicen una pluralidad de acciones que aisladamente consideradas no alcanzan dicho valor, pero cuyo valor acumulado sí es igual o superior a la referida cifra de 18.030,36 euros (3.000.000 de pesetas).
- b) Cuando, aunque el valor de las mercancías sea inferior a 18.030,36 euros (3.000.000 de pesetas), el objeto del contrabando consista en drogas,

⁴ Queralt Juan Martín, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José Manuel Tejerizo López. **Curso derecho financiero y tributario**, pág. 318.

estupefacientes, armas explosivos y otros cuya tenencia constituya delito o se realice a través de una organización.

- c) Cuando se trate de labores de tabaco, cuyo valor sea igual o superior a 6.010,12 euros (1.000.000 de pesetas).

Las penas a imponer en estos casos de prisión menor y multa de duplo al cuádruplo del valor de los géneros o efectos en que se materializa el contrabando.

En México está regulado que comete delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga mercancías: a) omitiendo el pago de impuestos que debe cubrir; b) sin permiso de la autoridad competente; el delito de contrabando se sanciona con la pena de prisión, de 3 meses a 3 años, si el monto de los impuestos no excede de \$100,000 pesos; y de 3 a 9 años, si el monto de los impuestos omitidos excede de \$100,000 pesos.

Como se aprecia la pena de prisión es de 3 meses a 3 años, pero con relación al monto de impuestos defraudados, si el monto es mayor a 100,000 pesos la prisión es hasta 9 años, mientras que en Guatemala la sanción para los autores es de prisión de 3 a 6 años como máximo, es decir que en México la pena es mayor, siempre atendiendo al monto de los tributos omitidos.

CAPÍTULO III

3. Análisis de la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros

El Decreto 58-90 del Congreso de la República, Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, emitido por el Congreso de la República en virtud de la necesidad del Gobierno de la República de adoptar disposiciones tendientes a la reestructuración y perfeccionamiento del sistema aduanero del país, y en ese sentido era indispensable emitir las medidas legales complementarias que permitieran el control efectivo del contrabando y defraudación en el ramo aduanero, así como combatir eficazmente la corrupción, que durante muchos años se ha agudizado en la internación y egreso de mercancías a efecto de que las mismas ingresen por las vías legalmente establecidas y se cancelen los tributos correspondientes.

3.1 Prohibiciones y limitaciones que hace la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero en cuanto a la devolución de mercancías

La Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero regula las siguientes penas y prohibiciones:

- Pena principal
- Pena accesoria
- Prohibición de disponer de las mercancías
- Embargo

- Prohibición de salir del país

El Artículo 9 de la Ley regula lo relativo a las penas accesorias y en ese sentido estipula: “De las penas accesorias. En todos los casos de esta Ley la pena de prisión, además de las indicadas como accesorias para ellas en el Código Penal, lleva consigo y con igual carácter la de inhabilitación absoluta si se tratare de otra clase de infractores; en ambos casos estas penas se aplicarán, durante el cumplimiento de la prisión y cumplida ella por un año más. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, todas las penas para los autores y demás partícipes de los hechos punibles que en esta Ley se establecen, llevan como accesorias el comiso de las mercancías, bienes artículos, vehículos y otros instrumentos utilizados para el hecho, el que será efectuado por la autoridad aduanera y depositados en custodia de la Dirección General de Aduanas y puestos a disposición del juez penal competente, hasta la finalización del proceso. Finalizado éste, se procederá conforme a lo establecido en el Artículo 16, inciso e) de esta Ley.”.

Así también establece reglas especiales aplicables sin perjuicio de las normas generales que estipula el Código Penal o el Código Proceso Penal, pues el Artículo 16 específicamente lo relativo a la devolución de las mercancías lo regula en la literal b) y f) de la siguiente forma: “De las reglas especiales. Sin perjuicio de las reglas generales establecidas en el Código Penal o en el Código Procesal Penal, deberán observarse en los procesos de que se trate, ya que se refieran a delitos o faltas, las siguientes reglas especiales:

....b) Las mercancías, bienes, artículos, vehículos u otros bienes utilizados en la comisión de la infracción, permanecerán depositados en poder de las autoridades aduaneras, a la orden de la autoridad judicial que estuviere conociendo de los procedimientos respectivos. En consecuencia, cualquier autoridad que incaute los objetos, enviará los mismos a la autoridad aduanera más próxima....

....f) Las mercancías, bienes o artículos incautados, deberán permanecer en los recintos aduaneros; y sólo podrán devolverse al consignatario o importador por el juez competente cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y ésta se encuentre firme.”

De lo anterior se desprende que existe violación al principio constitucional de presunción de inocencia, de juicio previo y derecho de defensa, pues con lo que establece la literal f) del Artículo 16 de la ley referida, se está anticipando una sanción al establecer que la mercancía debe permanecer en los recintos aduaneros, con ello se limita el derecho de propiedad del consignatario sobre la mercancía y sólo hasta que exista sentencia absolutoria y se encuentre firme se le devolverá la misma y esto puede suceder después de dos o tres años que dure el proceso penal, para ese entonces la mercancía podría estar deteriorada, devaluada, ya no tendrá el costo de adquisición, etc.

También la norma referida afecta la libertad comercial y tratados de libre comercio cuyo objetivo es la apertura de mercados, competitividad, políticas

de mercado, no significa no pagar impuestos, y por lo tanto es necesario disponer con una normativa acorde a las innovaciones mercantiles y no quedarse con legislación que atenta contra el principio de presunción de inocencia contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus Artículos 10 y 11, y en la Convención Americana sobre derechos Humanos en su Artículo 8.

3.2. Jerarquía de las leyes

Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda un nexo de supra o subordinación. La existencia de relaciones de este último permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela el fundamento de su validez.

El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría.

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

1. Normas constitucionales
2. Normas ordinarias
3. Normas reglamentarias
4. Normas individualizadas

Tanto los preceptos constitucionales, como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiéranse a situaciones jurídicas concretas, como por ejemplo la suscripción de un contrato que será ley pero únicamente entre las partes que lo hayan suscrito.

El jurista vienés Hans Kelsen ilustraba la jerarquía normativa con una pirámide en la cual colocaba en el vértice superior a la ley fundamental, en seguida a las leyes secundarias, también conocidas como ordinarias, luego a los reglamentos, y en la base de dicha pirámide, las demás disposiciones. De acuerdo con el modelo de Kelsen, la jerarquía normativa es necesaria, toda vez que la validez de las normas inferiores se determina conforme a las normas de superior jerarquía.

En Guatemala se cumple con esta jerarquía normativa, pues como ley fundamental se encuentra la Constitución Política de la República, la cual en su Artículo 175 establece: “Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los

mandatos constitucionales son nulas ipso jure.” Es decir que la Constitución es la normativa suprema.

De lo escrito se desprende que el límite superior son las normas constitucionales, es decir la propia constitución. La escuela positiva considera, por su parte, que cualquier tipo de Estado presupone y asume, por fuerza, su derecho constitucional, con el cual identifica y subsume su existencia. Así, se cae en la cuenta de que el Estado es en sí y se identifica con el ordenamiento jurídico fundamental, lo que equivale a decir que Estado y derecho son lo mismo, o dos aspectos torales de una misma realidad.

Dentro de una perspectiva clásica, se sostiene, que, por su naturaleza, toda sociedad políticamente organizada presupone un conjunto de leyes e implica una Constitución, que, en principio, condiciona a la vez que limita la acción de los gobernantes. Por otra parte, equilibra también los poderes, a la vez que reconoce y asume, como intocables, los poderes y derechos universales del hombre.

Como jerarquía formal suprema, la Constitución, por su fuerza soberana, no puede ser contrariada ni por el actuar de las autoridades ni por la vigencia de otras leyes que, como disposiciones secundarias deben ajustarse a sus dictados. En este contexto donde la doctrina maneja la idea de la ley suprema, que ha cobrado prestigio dentro de los sistemas jurídicos conocidos como “de derecho escrito”, por otra parte, representa un límite al actuar

imperativo del Estado, que no podrá traspasar la esfera intocable de los derechos humanos, considerados como garantías individuales o derechos de los ciudadanos.

En ese orden de ideas nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 175 ya referido establece la jerarquía constitucional, y ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Así también la misma Constitución Política de la República en su Artículo 44 último párrafo estipula: “...Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”.

El Artículo 3 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad estipula: “Supremacía de la Constitución. La constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno.”.

De la cita de leyes antes referidas, se desprende que el ordenamiento jurídico guatemalteco, se basa en el orden Kelseniano.

3.3. Disposiciones generales de la ley y disposiciones específicas

La doctrina establece una distinción respecto a las normas jurídicas generales y las normas jurídicas individuales, pues tienen una relación estrecha con el ámbito personal de validez de las normas jurídicas. Cuando una norma jurídica alude a una conducta atribuible a un número indeterminado de individuos, estamos en presencia de una norma jurídica general. En cambio, una norma jurídica es individual cuando está dirigida a uno o a varios individuos de forma personal. Podemos observar la graduación de una norma general: un universo determinado de individuos, la población de un país, o bien un grupo perfectamente definido de personas o, mejor aún, un individuo específico. Una norma individual puede ser por ejemplo una sentencia que afectará únicamente a la persona a quien se le dictó.

Toda norma jurídica tiene una estructura diferente de acuerdo con el fin al que está destinada. En términos generales, podemos distinguir cuatro grandes grupos de normas jurídicas en un sistema: las normas jurídicas sustantivas o sustanciales, las normas jurídicas adjetivas o procesales, las normas jurídicas descriptivas y las normas jurídicas conflictuales.

Las normas jurídicas sustantivas son la propia ley, es decir el conjunto de normas que regulan la conducta humana, también llamado “de fondo”; mientras que las normas jurídicas adjetivas o procesales son las que regulan el desarrollo

de la actividad necesaria para alcanzar los fines del proceso, o sea la obtención del pronunciamiento de una sentencia que decide un conflicto jurídico.

3.4. Regulación jurídica aplicable a los delitos de defraudación y contrabando aduanero

La regulación jurídica aplicable a los delitos de defraudación y contrabando aduanero, es el Decreto 58-90 del Congreso de la República Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, por supuesto sin dejar de mencionar que en primera instancia se aplica la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal, Código Procesal Penal, el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento. En este Decreto el bien jurídico tutelado es el fisco, con el fin de proteger al Estado para que perciba los tributos que por ley le corresponden.

3.5 Del Código Aduanero Uniforme Centroamericano

El Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento son parte integrante del Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano establecido en los Artículos 1 y 3 del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano.

El Código Aduanero Uniforme Centroamericano ha tenido varias modificaciones, sin embargo se hace mención a las más recientes, de la que se

desprende el Decreto 105-97 del Congreso de la República que aprueba el Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA II) ratificado por Acuerdo Gubernativo de fecha 22 de febrero de 2000, depositado ante la Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana (SG-SICA) el 9 de mayo de 2000, publicado en el Diario de Centro América el 29 de septiembre de 2000, vigente del 7 al 26 de octubre del año 2000.

Posteriormente según Resolución 60-2000 (COMIECO-XV) del Consejo de Ministros de Integración Económica de fecha 27 de septiembre de 2000, aprueban el Segundo Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano y de ahí que mediante Acuerdo No. 370-2002 publicado en el Diario de Centroamérica el 8 de agosto de 2002 se publicó la Resolución Número 85-2002 del Consejo Arancelario Aduanero Centroamericano que contiene el Código Aduanero Uniforme Centroamericano –CAUCA III-.

El instrumento referido tiene por objeto establecer la legislación aduanera básica de los países signatarios conforme los requerimientos del Mercado Común Centroamericano y de los instrumentos regionales de la integración. El mismo otorga facultades amplias a las autoridades aduaneras para hacer uso de los mecanismos de fiscalización de las operaciones aduaneras, lo que permite determinar el estricto cumplimiento de la legislación aduanera y de comercio exterior en general. Sin embargo, estas facultades que otorga el CAUCA, no deben convertirse en ningún momento en discrecionalidad

de la autoridad aduanera, ni mucho menos en violación a los derechos de los contribuyentes en general.

En el trabajo que nos ocupa, nos referimos especialmente al Artículo 100 del –CAUCA- que estipula: “Infracción aduanera penal. Será infracción aduanera penal toda acción u omisión que signifique transgresión o tentativa de transgresión de la legislación aduanera, constitutiva de delito.”.

Al establecer que infracción aduanera penal, es toda acción u omisión que signifique transgresión de la legislación aduanera constitutiva de delito, nos refiere a la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros que es la Ley que contiene tipificados los delitos referidos.

El Artículo 101 establece: “Sanciones. Las infracciones aduaneras y sus sanciones se regularán de conformidad con la legislación nacional.”. Este Artículo también nos remite a la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros, puesto que es la que contiene las sanciones a las infracciones aduaneras.

Es aplicable también a este estudio el Acuerdo 036-2003, publicado en el Diario Oficial el 17 de enero de 2003, que contiene la Resolución 101-2002 del Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano por medio de la cual se aprobó el Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (RECAUCA), a cargo del Ministerio de Economía. Que como todo reglamento desarrolla el

propio CAUCA y por lo tanto contiene sanciones ante el incumplimiento de las normas contenidas en el código.

El Reglamento referido contiene las siguientes disposiciones que nos ocupan en el presente trabajo, relacionadas con el levante de mercancías, es decir que el importador o consignatario disponga de la mercancía que ha importado.

El Artículo 102 establece: “Levante. El levante es el acto por el cual la autoridad aduanera permite a los declarantes disponer libremente de las mercancías que han sido objeto de despacho aduanero.

Para facilitar el despacho de las mercancías se establecen los criterios de selectividad y aleatoriedad, que permiten a través del sistema automatizado, establecer a qué tipo de despacho se someterá la mercancía, siendo verificación inmediata (revisión físico documental) o el levante sin ninguna verificación.

El Artículo 103 estipula: “Autorización de levante. El Servicio Aduanero autorizará el levante de las mercancías en los casos siguientes:

- a) Cuando presentada la declaración en los términos del Artículo 91 de este Reglamento, no corresponda efectuar la verificación inmediata.

- b) Si efectuada la verificación inmediata y habiéndose determinado diferencias con la declaración, o incumplimiento de formalidades necesarias para la autorización del régimen solicitado.
 - c) Cuando efectuada la verificación inmediata y habiéndose determinado diferencias con la declaración, estas se subsanen, se paguen los ajustes y multas, o en los casos en que proceda se rinda la garantía correspondiente.
- El levante no se autorizará en el caso previsto en la literal c) del párrafo anterior, cuando la mercancía deba ser objeto de comiso administrativo o judicial de conformidad con la ley.”.

Este Artículo es de importancia en el presente trabajo, toda vez que del último párrafo se desprende una evidente discrecionalidad de la autoridad aduanera por medio del funcionario que corresponda, toda vez que en la literal c) referida, se indica que efectuada la verificación inmediata y habiéndose determinado diferencias con la declaración y éstas se subsanen y se paguen los ajustes, se ordenará el levante de la mercancía. Entonces en qué momento se va a considerar delito, cuando exista diferencia entre lo declarado y la revisión física que se realice?, puesto que la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros establece en su Artículo 2 que constituye caso especial de defraudación en el ramo aduanero entre otros, la omisión de declarar o la declaración inexacta de las mercancías o de los datos y requisitos necesarios para la correcta determinación de los tributos de importación, en pólizas de importación, formularios aduaneros u otras declaraciones exigidas por la autoridad aduanera para este efecto. No existe claridad entre los Artículos

mencionados, puesto que los dos establecen que puede existir diferencia entre lo declarado y lo que físicamente se ha importado, pero el CAUCA indica que si se corrige la declaración y se pagan los ajustes correspondientes se ordenará el levante como ya se mencionó, mientras que la ley, establece que el mismo hecho constituye delito, entonces se ordenará el comiso de la mercancía, que será efectuado por la autoridad aduanera, hecho que viola flagrantemente el principio de presunción de inocencia y derecho de defensa del consignatario o importador.

CAPÍTULO IV

4. Principios constitucionales que inspiran el proceso penal guatemalteco

El sistema de justicia penal opera dentro de un marco de garantías o principios básicos regulados por la Constitución Política de la República, la cual contiene un catálogo de derechos fundamentales de la persona, con fuerza obligatoria para asegurar una justicia expedita, humana, imparcial y con absoluto respeto de la dignidad humana. Se hace referencia a todos los principios constitucionales que inspiran el proceso penal, sin embargo para el presente trabajo se hace especial mención al principio constitucional de presunción de inocencia, que es el que se estima está siendo violado por la literal f) del Artículo 16 de la ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso de la República.

El diseño constitucional del proceso penal se inicia con la garantía que la detención debe ser legal (Artículo 6) y sostiene que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, con la excepción de flagrante delito o falta. Este Artículo además preceptúa que los detenidos deben ser puestos a disposición de los tribunales en un plazo que no exceda de seis horas.

La notificación de la causa de detención (Artículo 7) es otro resguardo constitucional en defensa de los derechos individuales, pues obliga a comunicar en

forma inmediata al detenido la causa de su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá.

El detenido además deberá ser informado inmediatamente de sus derechos, que puede proveerse de abogado defensor y que no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente (Artículo 8).

El interrogatorio a detenidos o presos (Artículo 9) únicamente corresponde a las autoridades judiciales competentes y debe practicarse dentro de un plazo no mayor de veinticuatro horas.

Se señala en el Artículo 11, que por faltas o infracciones a los reglamentos las personas no deben permanecer detenidas, una vez establecida su identidad. El principio constitucional del “debido proceso” está garantizado en el Artículo 12, al preceptuar que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables, y que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Además dada nuestra dolorosa experiencia, prohíbe los tribunales especiales o secretos, así como los procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Siempre en resguardo de la dignidad humana, el Artículo 13 se refiere a los motivos para dictar auto de prisión contra una persona, indicando que no podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin la concurrencia de motivos racionales suficientes para creer que la persona

detenida lo ha cometido o participado en él. Esto implica por parte del juzgador, la obligatoriedad de establecer, en primer lugar, la preexistencia del hecho punible que se somete a su conocimiento y una vez demostrado este extremo, analizar la existencia de motivos racionales suficientes en contra del detenido con relación a ese hecho. Como esta norma es imperativa, el juzgador debe ser riguroso para proceder contra una persona, debiendo cerciorarse previamente de la existencia del ilícito penal y después proceder a restringir la libertad del sindicado, siempre que concurren las razones suficientes para creer que lo ha cometido o participado en él. Por razones lógicas y de protección a los derechos individuales, nuestro texto constitucional y el propio Código Procesal Penal lo establece así, ya que en los regímenes totalitarios y absolutistas se han cometido abusos de vincular a las personas a hechos inexistentes.

Esta misma norma contiene la prohibición de presentar ante los medios de comunicación social al detenido que no haya sido previamente indagado en un tribunal competente. Sabiamente nuestros constituyentes establecieron esta prohibición, ya que ha sido un abuso recurrente de nuestras autoridades policiales la presentación de detenidos ante la prensa, con el fin de justificar sus logros en el combate contra la delincuencia, perjudicando con ello la investigación del caso y desprestigiando públicamente al detenido, que no tiene oportunidad de defenderse, sin antes haber demostrado procesalmente su participación.

Por otra parte, este hecho censurable y despreciable, afecta el prestigio del Organismo Judicial y la credibilidad de la justicia, pues la opinión pública ya condenó

al sindicado con esa presentación ilegal y después resulta que los jueces lo dejan en libertad por no haberse demostrado en juicio su participación, lo cual evidentemente es una contradicción que se resuelve en menoscabo de la honradez de los jueces, cuya actuación ha sido el exacto cumplimiento de la ley, demeritando la credibilidad de la justicia.

La garantía procesal de presunción de inocencia está contenida en el Artículo 14 y establece que toda persona es inocente, mientras no se demuestre lo contrario en sentencia debidamente ejecutoriada. Durante todo el curso del proceso penal, el sindicado no puede ser considerado como culpable, ya que la ley presume que es inocente, hasta que la actividad probatoria demuestre lo contrario, por tal razón, la carga de la prueba corresponde al acusador.

Este resguardo constitucional tiene su razón de ser, ya que frecuentemente los jueces y la parte acusadora pretenden que el sindicado demuestre su inocencia, lo cual no se aviene con el texto constitucional, porque sucede que por imperativo legal, todo ciudadano es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

En esta misma norma se incluye la publicidad del proceso, señalando que el detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados designados por los interesados, tienen derecho de conocer todas las actuaciones, sin reserva alguna y en forma inmediata.

Las enumeradas son garantías constitucionales que como lo manifiesta el licenciado Mynor Par Usen “son aquellos derechos, principios y garantías que la Constitución Política regula, como un medio jurídico de protección a la persona humana; las que, obviamente deben hacerse valer en un proceso, y ante un tribunal competente, o bien, ante alguna de las instituciones del Estado.”⁵

4.1. Principio constitucional de presunción de inocencia

Continuando con el tema del principio constitucional de presunción de inocencia y para una mayor amplitud, debemos decir que esta garantía se manifiesta en cuatro aspectos:

- a. Interpretación restrictiva: Significa que las normas que limitan la libertad personal del sindicado, deben interpretarse restrictivamente, por lo tanto se prohíbe el uso de la analogía y la interpretación extensiva, ya que el juez debe referirse a las causales expresamente señaladas por la ley y la libertad del procesado no puede restringirse sino en los límites absolutamente necesarios para asegurar su presencia dentro del proceso.
- b. Aplicación del principio “in dubio pro reo”: Según este principio, en caso de duda se debe aplicar lo más favorable al reo; por lo tanto, si no se tiene la certeza sobre la comisión del hecho punible o la participación del imputado, el juez obligadamente debe resolver a favor del procesado, ya que no es

⁵ Par Usen, José Mynor, **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco** pág. 210.

necesario que esté probada su inocencia, sino que basta con la simple duda.

- c. Exclusión de la carga de la prueba: En el proceso penal existe una presunción de credibilidad para el procesado, por lo tanto, la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, quien debe probar la culpabilidad del sindicado y éste puede abstenerse de declarar, sin que ello implique presunción de culpabilidad.
- d. Medidas de coerción sólo en casos necesarios: Si el detenido se encuentra en una situación de inocencia mientras no se dicte sentencia que lo declare culpable, es lógico comprender que las facultades del juez están limitadas a dictar únicamente aquellas medidas de coerción que aseguren su presencia dentro del proceso y que sean absolutamente indispensables. Por ello al dictar prisión preventiva, el juez debe considerar si existe peligro de fuga o de obstaculización de la verdad; de lo contrario no se concibe la restricción de la libertad de una persona, ante todo en delitos menos graves.

El principio de Legalidad que se resume en el aforismo latino “nullum crimen nulla poena sine lege” y sobre el cual gira todo el andamiaje del Derecho Penal moderno, está contenido en el Artículo 17 que expresa: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Este principio surgió como una reacción contra la barbarie del Derecho Penal antiguo, donde los jueces podían incriminar por si mismos hechos no previstos por las leyes y aplicar las penas a su albedrío. Tiene en César de Beccaria a su más ilustre representante, quien

en 1764 escribió su famoso libro “Del delito y de la pena”, de enorme repercusión en Europa, denunciando los abusos de los soberanos y los jueces en el castigo de los delitos y exigiendo una reforma penal que garantizara a los ciudadanos no ser detenidos, procesados, ni juzgados sino por hechos calificados como delitos por leyes anteriores a su ejecución. Desde esa época se inicia el movimiento doctrinal y legislativo para señalar con precisión los hechos que constituyen delitos y las penas a imponer: surgiendo así el llamado “Principio de Legalidad”, también denominado “Reserva Legal”, que resume una garantía individual para no ser juzgado por hechos que no estén previamente definidos en la ley como delitos ni castigado con penas diferentes a las establecidas con anterioridad.

Esta garantía que es de una importancia suprema, protege a la persona contra la arbitrariedad de los jueces que tienen limitado su campo de acción a los hechos que la ley señala de antemano como delitos y en caso de emitirse condena a las penas previamente establecidas.

Si un hecho no se halla previsto por la ley como delito, por grande que sea el daño o la perturbación social que ocasione, no puede procederse contra su autor desde el punto de vista penal, ni detenerlo, ni condenarlo. Por consiguiente, esta garantía individual tiene tres aspectos:

1. Garantía criminal: Que consiste en que nadie puede ser penado por hechos que no estén definidos como delitos o faltas.

2. Garantía penal: Nadie puede ser condenado a penas diferentes de las establecidas en la ley.
3. Garantía ejecutiva: La ejecución de las penas únicamente puede realizarse en la forma prescrita por la ley o los reglamentos.

Los derechos y garantías enunciados anteriormente constituyen un escudo protector de la persona humana, frente a la arbitrariedad y el despotismo, por lo tanto el proceso penal guatemalteco no puede salirse de ese marco constitucional.

En el desarrollo científico del derecho penal en los dos últimos siglos puede advertirse un movimiento constante que tiende a hacer respetar los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, por lo que el procesamiento de los individuos respecto de los cuales se sospecha que han cometido un delito se ve influenciado por principios jurídicos tendientes a salvaguardar tales derechos fundamentales.

En ese sentido se habla también de un estado de inocencia, cuando la Constitución dispone categóricamente que ningún habitante del país será penado sin juicio previo, proclama el viejo aforismo de que nadie será considerado culpable si no ha sido declarado tal por sentencia de un juez.

Este principio de inocencia que se remonta a épocas anteriores a la Revolución Francesa tuvo su consagración legislativa en la Declaración de los

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció que todo hombre debía “presumirse” inocente. Esta fórmula se repite en textos legales y constitucionales hasta nuestros días y, así, en el Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 2, se dice que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La utilización de la expresión “presunción” de inocencia ha dado lugar a que diversos autores consideran que la misma puede ser desvirtuada y establecerse, precisamente, la presunción contraria.

En realidad no estamos en presencia de una “presunción” sino de un “estado jurídico” que sólo puede ser destruido mediante el dictado de una condena. También Clariá Olmedo y Velez Mariconde se inclinan por denominarlo “estado de inocencia”, afirmando el primero que ese estado se goza desde antes de la iniciación del proceso y no se destruye con la denuncia, el procesamiento o la acusación: se requiere una sentencia penal condenatoria basada en autoridad de cosa juzgada. Dice el segundo que todo ciudadano debe reputarse inocente hasta que sea demostrada su culpabilidad; cuando ésta no se demuestre, el imputado debe ser absuelto sin exigir la demostración de su inocencia, y debe reintegrarse a la sociedad sin mancha alguna, precisamente porque su inocencia es presunta.

Este principio ha sido de aplicación muy discutida en el campo del derecho penal tributario, admitiendo diversos autores la posibilidad de la implantación del principio inverso, según el cual es el contribuyente quien debe probar su inocencia, admitiéndose incluso la existencia de presunciones legales de culpabilidad o de intención dolosa.

Si bien resulta meritorio el abandono de la posición objetiva, entendemos que presumir la intencionalidad a partir de la existencia del elemento objetivo del tipo e invertir la carga de la prueba constituye una flagrante violación del estado de inocencia y consecuentemente de la garantía contenida en la Constitución.

El aforismo “in dubio pro reo” proviene en la actualidad del estado de inocencia, y exige que la aplicación de una pena sólo pueda fundarse en la “certeza” del juez al dictar el fallo condenatorio. El estado de inocencia de que goza el imputado, construido por la ley a partir de la presunción que lo preserva, sólo puede destruirse mediante la “certeza” acerca de su culpabilidad, por cuyo imperio, la “duda” o aún la “probabilidad” conducen inevitablemente a la absolución.⁶

En ese sentido, al presentar denuncia en contra de una persona por el delito de contrabando o defraudación aduanera, el Artículo 9 de la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, establece las penas accesorias y

⁶ Soler, Osvaldo H. **Derecho tributario, económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal**. pág. 341

estipula que la pena para los autores llevan como accesorias el comiso de las mercancías, bienes, artículos, vehículos y otros instrumentos utilizados para el hecho, el que será efectuado por la autoridad aduanera y depositados en custodia de la Dirección General de Aduanas y puestos a disposición del juez penal competente, hasta la finalización del proceso, finalizado éste se procederá conforme a lo establecido en el Artículo 16 inciso f) de la misma Ley que dice que las mercancías bienes o artículos incautados, deberán permanecer en los recintos aduaneros, y sólo podrán devolverse al consignatario o importador por el juez competente cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y ésta se encuentre firme. De lo expresado se desprende que se da el comiso de la mercancía mientras que el sindicado del delito, aún no ha sido citado, oído y vencido en juicio, es decir que se viola el principio de derecho de defensa y por lo tanto desde un inicio se considera al sindicado del delito culpable, contrario a lo que se ha plasmado en el presente trabajo respecto a la presunción de inocencia.

4.2. El principio de legalidad en material penal

Que establece que nadie puede ser penado sin un proceso previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, consagra una verdadera garantía a favor de la libertad individual poniéndola a cubierto de actos de la autoridad que importen un abuso o un arbitrario discrecionalismo del poder político.

Dicho precepto se armoniza con el viejo principio del “nullum crime, nulla pena sine praevia lege” puede ser reformulado sosteniendo que está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por el Estado mediante una ley con anterioridad al hecho cometido describa típicamente las conducta delictivas y especifique sus respectivas sanciones.

Dos son los elementos centrales de la definición que se deben destacar:

- a) el concepto de ley y
- b) el requisito de la “anterioridad”.

En cuanto al primero, en la terminología constitucional sólo puede entenderse por ley a aquella norma emanada del Congreso de la República y que fuera el resultado del procedimiento legislativo previsto en la misma constitución.

La exigencia que la ley sea anterior al hecho del proceso tiene dos fundamentos: en primer lugar, ello permite a los habitantes conocer cuáles conductas son merecedoras de reproche y, en segundo lugar, impide que el legislador pueda incriminar conductas conociendo la identidad de quienes han incurrido en ellas con anterioridad al dictado de la norma.

4.3. Debido proceso

Este principio también forma parte del desarrollo del derecho habido en los últimos siglos la universalización de la garantía del debido proceso legal como presupuesto para la aplicación de las penas, y ésta ha sido recogida expresamente en nuestra Constitución Política de la República. En materia penal esta garantía consiste en la observancia de sus formas sustanciales: acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente, esto es la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, gozando la posibilidad de ser oído y tener la ocasión de hacer valer los medios de defensa en la oportunidad y la forma prevista en las leyes.

Este principio ha sido entendido en el sentido de que la inviolabilidad del derecho de defensa queda asegurada en la medida en que los particulares tengan derecho a una instancia judicial imparcial para la dilucidación de sus controversias. También se le conoce como “juicio previo” (debido proceso) no se puede aplicar el poder penal del Estado si antes no se ha hecho un juicio, es decir, si el imputado no ha tenido oportunidad de defenderse, si no se le ha dotado de un defensor, si no se le ha reconocido como “inocente” en tanto su presunta culpabilidad no haya sido plenamente demostrada y se le haya declarado culpable.

Del presente párrafo claramente se desprende que el comiso de la mercancía, objeto del presente trabajo, se ordena por el juez competente, sin haber sido declarado culpable el sindicato, por lo que se está aplicando el poder penal del Estado, y el sindicato no ha tenido la oportunidad de defenderse, al ordenarse el comiso se le ha considerado culpable, contrario a lo que nuestra constitución establece.

El acceso a los órganos jurisdiccionales independientes ha sido consagrado internacionalmente en las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. Así el Artículo 8 apartado 1 del “Pacto de San José de Costa Rica, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro orden”.

El derecho de defensa del imputado comprende la facultad de desplegar todas las actividades necesarias que conduzcan a excluirlo a atenuar su culpabilidad o imputabilidad, teniendo, en consecuencia, la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que él mismo invoca y la de exponer las razones jurídicas y de hecho que le permitan obtener una sentencia justa.

4.4. Derecho de defensa

La libertad y la dignidad de la persona humana son atributos inherentes al sindicado, y como tal, no deben quedar desapercibidos durante la dilación del proceso penal; es así como al imputado, frente a la imputación que se le hace, le asiste el sagrado derecho de defensa, a través de un defensor letrado o técnico.

Este derecho de defensa, es una garantía a la dignidad y el respeto de los derechos humanos del imputado. Este debe manifestarse desde el momento en que se produce la imputación mediante cualquier acto imputativo inicial que se cumpla en contra de una persona, tanto si ésta es detenida por orden judicial o aprehendida por la autoridad policial o un particular, al presumirse que es partícipe (autor, cómplice o instigador) de un hecho delictuoso, cuando se le sindicca como tal en cualquier acto inicial del procedimiento, aunque no sea estrictamente judicial, hace surgir el derecho de defensa. No se requiere, por tanto, que ninguna autoridad judicial formule una declaración o una orden en contra del acusado.

El proceso penal entonces, afecta en mayor o menor grado dos bienes esenciales del acusado, su dignidad y su libertad. En este aspecto, la acción del Estado es notablemente poderosa y se impone como inevitable contrapartida del derecho de defensa que posee el acusado.

En el caso que nos ocupa al dictarse el comiso de la mercancía a quien se le sindicó del delito de contrabando y defraudación aduanera también se le afecta en la libertad de disponer de mercancía de su propiedad, que si bien es cierto no ha pagado los tributos correspondientes, si pagó el costo de la misma, y por lo tanto también se le afecta en su patrimonio. Por otro lado en el caso de dictarse una sentencia absolutoria como la ley indica, se le devolverá la mercancía, para ese entonces –conociendo que un proceso penal dura alrededor de dos o tres años como mínimo- ya la mercancía estará deteriorada, habrá perdido su valor comercial, ya no estará de temporada, es decir que al importador se le habrá menoscabado su patrimonio.

En este sentido, el derecho de defensa involucra una serie de fórmulas de garantías que constituyen la necesaria contradicción que debe presidir el procedimiento penal (derecho de resistir la imputación, derecho a ser oído, derecho a ser informado de manera clara, precisa, circunstanciada y específica de la imputación y de las pruebas existentes, derechos de ofrecer pruebas) y a la prevaencia de la igualdad de oportunidades entre el acusador y acusado (principio de inocencia, defensa técnica, traductores e intérpretes, consultores técnicos) y que, en definitiva, amparan a cualquiera en contra del poder penal estatal hasta que éste y sus consecuencias concluyen.

La garantía de defensa de acuerdo con el autor Zamora-Pierce, el derecho de defensa comprende varios derechos derivados que se pueden enumerar así:

- a) El derecho de ser informado, de conocer la acusación y de quién lo acusa;
- b) el derecho de rendir su declaración preparatoria;
- c) el derecho de ofrecer pruebas;
- d) el derecho a ser careado con las personas que deponen en su contra, y
- e) el derecho a tener un defensor de las fracciones tercera

4.5. Derecho de excepcionalidad en la aplicación de las medidas coercitivas

Es importante señalar que existen otras garantías procesales que aunque no figuren expresamente en la carta magna, están legítimamente reconocidas por la ley ordinaria y fundamentadas por la misma Constitución Política de la República. Así la ley fundamental, establece claramente en el Artículo 44 “Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los disminuyen, restringen o tergiversan”.

En efecto en la legislación adjetiva penal, existe un derecho de excepcionalidad en la aplicación de las medidas coercitivas a favor del imputado. Este derecho tiene sustentación jurídica con base a lo preceptuado

por el Artículo 14 del Código Procesal Penal, que en sus últimos párrafos preceptúa:

“... Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan al ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente, en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado”.

Claramente el Código Procesal Penal establece que las disposiciones que restringen la libertad del imputado o que limiten el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente, y las únicas medidas de coerción que se podrán utilizar en contra del imputado son las que el mismo Código autoriza, entonces cómo es posible que otras leyes, restrinjan los derechos del sindicado, es decir que la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros si establece medidas que restringen completamente la libertad del sindicado de esos delitos de disponer de la mercancía que ha importado.

Los principales elementos que introduce esta norma a favor del imputado y que deben ser observados y respetados por los órganos jurisdiccionales, se pueden sintetizar así: 1º. Las normas que limiten la libertad del imputado o que limiten el ejercicio de sus derechos, deben ser interpretados restrictivamente, es decir en forma limitada: 2º. Existe un mandato legal donde se exige observar la excepcionalidad en la aplicación de las medidas coercitivas; 3º. También se ordena que estas, deben ir en proporción a la pena o medida de seguridad que se espera del procedimiento penal: y 4º. Con base al derecho, indubio pro reo, es decir, la duda favorécela reo, debe ser efectiva dicha excepcionalidad.

Como es lógico suponer, la garantía de excepcionalidad en la aplicación de estas medidas coercitivas a favor del imputado, se enmarcan dentro de la norma constitucional citada ya que preceptúa claramente que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente, son inherentes a la persona humana. Por consiguiente, aquel precepto ordinario analizado con anterioridad es elevado a una garantía constitucional a favor del imputado; por cuanto, la libertad de la persona es un derecho inherente a la persona humana, reconocido tanto por la Constitución Política de la República, como también por tratados y convenios internacionales.

Luego del estudio de los principios procesales que inspiran el proceso penal y sobre todo de las garantías constitucionales se puede determinar que la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, especialmente con la

disposición contenida en el Artículo 16 literal f) que estipula "...Las mercancías, bienes o artículos incautados, deberán permanecer en los recintos aduaneros; y sólo podrán devolverse al consignatario o importador por el juez competente cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y ésta se encuentre firme." Es una clara transgresión al principio de inocencia, pues antes de haber agotado el proceso penal, ya se está determinando que al sindicado del delito de defraudación aduanera o contrabando aduanero, no se le devolverá la mercancía que está importando, hasta que exista una sentencia absolutoria, es decir que se le restringe la libertad de disponer de la mercancía, por lo cual desde ese momento se está emitiendo un pre-juicio que lo hace responsable de cometer un delito, previo a realizar un debido proceso ante juez competente, como lo establece nuestra legislación; entonces que sucede con la mercancía durante el proceso penal? que por todos es sabido su larga duración, pues es conocido que un proceso penal dura alrededor de tres años, por lo que cuando la mercancía sea entregada ésta ya estará, en el mejor de los casos devaluada, o bien arruinada o posiblemente ya no exista. Con esto se viola también la libertad de comercio.

Por lo que es violatorio de los derechos fundamentales de la persona importadora, que se le prohíba disponer de la mercancía que importa y que la misma quede en depósito de la autoridad aduanera, una vez haya pagado los impuestos correspondientes, ya que dicha circunstancia atenta contra el principio constitucional de defensa, presunción de inocencia y debido proceso.

Por lo tanto se estima que el procedimiento que se debería realizar con el objeto de no violar el derecho de defensa, principio de inocencia y debido proceso del importador, el Ministerio Público solicite al Juez competente una prueba anticipada, con el objeto de:

- 1) Dejar evidencia del objeto del delito.
- 2) Obtener una muestra, para establecer calidad de la mercancía, con una descripción completa de la misma.
- 3) Con un informe de la Superintendencia de Administración Tributaria se determine el impuesto defraudado y que se pague el mismo, y posteriormente devolver la mercadería al importador, para que éste pueda disponer de la misma, y el Ministerio Público continúe con la investigación correspondiente.

CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista constitucional, el artículo 16 en su literal f) de la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero es violatorio a los principios inherentes a la persona, es decir el derecho constitucional de presunción de inocencia, defensa, y juicio previo.
2. La disposición contenida en la literal f) del Artículo 16 de la Ley contra la defraudación y el contrabando aduaneros es incongruente con el principio constitucional de inocencia, derecho de defensa y juicio previo, y contrario a lo establecido en la Declaración Universal Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 8.
3. La disposición de la mercancía por parte de la autoridad aduanera limita a la persona de disponer de sus bienes sin que exista una auto de procesamiento o de haber sido escuchado previamente por un juez competente, simplemente es un atentado a los principios consagrados en los instrumentos ya aludidos.
4. Desde el punto de vista procesal el Decreto 52-92 del Congreso de la República de Guatemala Código Procesal Penal, vigente, constituye el pilar fundamental en el que se establecen los procesos por virtud del cual una persona será sujeta cuando existe evidencia o presunción que ha participado o ha cometido un delito y se respetarán los derechos garantizados por la carta magna, por lo

cual la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros es una ley complementaria.

5. Desde el punto de vista de la libertad comercial y tratados de libre comercio, como una nueva era comercial y con la apertura de mercados, a nivel mundial, Guatemala no debe quedarse atrás tomando en consideración que la libertad comercial trae bienestar para todos los habitantes, por ello el Estado debe establecer las reglas y definir las políticas de mercado para poder ser competitivos en el mercado internacional y disponer de una normativa acorde a todas estas innovaciones mercantiles.
6. Desde el punto de vista económico, para el comerciante señalado de la comisión de un hecho delictivo, obviamente le afecta en su economía ya que en ocasiones se inician procesos penales por abuso de autoridad de los funcionarios de la autoridad aduanera, arbitrariedad, discrecionalidad o simplemente por desconocimiento de la ley, situación que pone en grave peligro tanto al sistema de justicia, como a la recaudación y lo peor a la economía del comerciante.
7. Desde el punto de vista de la competencia, el Derecho Mercantil se inspira en los principios de buena fe y verdad sabida, por ello el contrabando aduanero contribuye a la degradación a una libertad de competencia y cae a la competencia desleal, al importar mercancías, a bajo costo y por ende vender a un costo muy por debajo del mercado normal, en ese sentido es importante

combatir la defraudación y el contrabando aduaneros, pero ello sin violentar el sistema jurídico guatemalteco al vulnerar derechos inherentes del ser humano como la libertad, la inocencia y un juicio previo.

RECOMENDACIONES

La vía de reforma normativa debe ser el punto de partida para darle solución a la problemática sustentada en la presente tesis, es por ello necesario que el Estado, a través de la Superintendencia de Administración Tributaria realice lo siguiente:

1. En principio, elabore una política efectiva de recaudación y control encaminada a combatir el flagelo de la Defraudación y el Contrabando Aduanero.
2. Se derogue la literal f) del Artículo 16 de la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero Decreto 58-90 pues las disposiciones legales deben estar de acuerdo con los principios procesales que establece nuestra carta magna.
3. Que la Superintendencia de Administración Tributaria como ente ejecutor de las políticas tributarias, implemente medidas y controles necesarios para prevenir eficazmente la defraudación y el contrabando aduanero.
4. Si bien es cierto que el Ministerio Público es por imperativo constitucional es el ente encargado de la investigación y de la acusación, la Superintendencia de Administración quien actúa como querellante adhesivo en estos procesos debe formular su propia política de persecución penal.

BIBLIOGRAFIA

- BASALDÚA, Ricardo Xavier. **Derecho aduanero**. Argentina. Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 10ª. ed; Guatemala, Ed. Llerena, 1998.
- DÍAS, Vicente Oscar. **Criminalización de las infracciones tributarias**. Argentina. Ed. Desalma, 1999.
- ESCOBAR MENALDO, Rolando, Ana Maritza Morales Ortiz, Victor Manuel Batres Rojas, **Fortalecimiento de las sanciones penales relacionadas con la defraudación fiscal y la capacidad de investigación y sanción del ministerio público y del organismo judicial**. La Política Fiscal en Guatemala, II Vol. 1ª. ed.; Guatemala. Ed. Artgrafic de Guatemala, 1999.
- GARREL, Federico Gualberto. **Diccionario aduanero**. 1ª. ed. Argentina. Ed. I.A.R.A., S. A., 1986.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian, Eduardo Ángel Russo. **Ilícitos tributarios**. 3ª. ed. Argentina. Ed. Desalma, 1993.
- MORALES GIL, Benjamín Isaac. **Estudio analítico de la ley contra la defraudación y contrabando en el ramo aduanero y su aplicación de conformidad con el código procesal penal**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Guatemala, 1996.
- MORALES GIL, Benjamín Isaac. **Los delitos de defraudación y contrabando aduanero en el régimen tributario guatemalteco**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2003.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Claridad, S. A., 1987.
- PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. 2ª. ed. Guatemala. Ed. Vile, 1999.

QUERALT, Juan Martín, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero, José M. Tejerizo López, **Curso de derecho financiero tributario**. 14a. ed.; revisada y puesta al día; España. Ed. Tecnos, 2003.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. **Derecho fiscal**. 2ª. ed. Colección Textos jurídicos universitarios. México.

SOLER, Osvaldo H. **Derecho tributario, económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal**. Argentina. Ed. La Ley, 2002. 529 págs.

TOSI, Jorge Luis. **Derecho penal aduanero**. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ciudad Argentina. 2002.

VALENZUELA O., Wilfredo. **El nuevo proceso penal**. 2ª. ed.; Guatemala. Ed. Oscar de León Palacios, 2003.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto número 1-86, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1993.

Código Penal. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973.

Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero. Congreso de la República, Decreto Número 58-90, 1990.

Código Tributario. Congreso de la República, Decreto número 6-91, 1991.

Código Aduanero Uniforme Centroamericano –CAUCA–, Presidencia de la República, Acuerdo Gubernativo 370-2002, 2002.

Reglamento al Código Aduanero Uniforme Centroamericano –RECAUCA–, Presidencia de la República, Acuerdo Gubernativo 36-2003, 2003.