

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



**INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
TIPICIDAD POR INFRACCIÓN ADMINISTRATIVO ADUANERA DE
RETIRO DE MERCANCÍA DEL PUNTO DE LLEGADA. TACNA 2018.**

TESIS

PRESENTADA POR:

MAG. CARLOS ALBERTO PAJUELO BELTRÁN

ORCID: 0000-0001-6807-6173

ASESOR:

DR. JAVIER GUSTAVO OYARSE CRUZ

ORCID: 0000-0002-5343-9880

Para obtener el grado académico de:

DOCTOR EN DERECHO

TACNA- PERÚ

2022

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



**INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
TIPICIDAD POR INFRACCIÓN ADMINISTRATIVO ADUANERA DE
RETIRO DE MERCANCÍA DEL PUNTO DE LLEGADA. TACNA 2018.**

TESIS

PRESENTADA POR:

**MAG. CARLOS ALBERTO PAJUELO BELTRÁN
ORCID: 0000-0001-6807-6173**

ASESOR:

**DR. JAVIER GUSTAVO OYARSE CRUZ
ORCID: 0000-0002-5343-9880**

Para obtener el grado académico de:

DOCTOR EN DERECHO

TACNA- PERÚ

2022

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

Tesis

**“INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL DE TIPICIDAD POR INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVO ADUANERA DE RETIRO DE
MERCANCÍA DEL PUNTO DE LLEGADA. TACNA
2018”**

Presentada por:

Mag. Carlos Alberto Pajuelo Beltrán

Tesis sustentada y aprobada el 20 de junio de 2022; ante el
siguiente jurado examinador:

PRESIDENTE: **Dra. Elva Inés Acevedo Velásquez**

SECRETARIO: **Dr. José Carlos Chavez-Fernandez Postigo**

VOCAL: **Dr. Fernando Armas Zárate**

ASESOR: **Dr. Javier Gustavo Oyarse Cruz**

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo, **CARLOS ALBERTO PAJUELO BELTRÁN**, en calidad de **GRADUANDO** del Programa de Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI N° 08652249

Soy autor (a) de la tesis titulada:

“INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE TIPICIDAD

POR INFRACCIÓN ADMINISTRATIVO ADUANERA DE RETIRO DE

MENCANCÍA DEL PUNTO DE LLEGADA. TACNA -2018”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de **DOCTOR** , y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 15 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

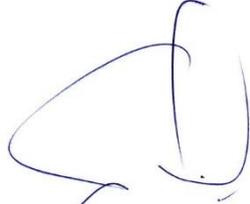
Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de

terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna, 20 de junio de 2022



Carlos Alberto Pajuelo Beltrán
DNI N°08652249

AGRADECIMIENTO

A mi universidad.

DEDICATORIA

A mis padres.

A mis hijos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	i
DEDICATORIA	ii
ÍNDICE DE TABLAS	vii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	viii
ÍNDICE DE ANEXOS.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I EL PROBLEMA	18
1.1 Planteamiento del problema.....	19
1.2 Formulación del problema	27
1.2.1 Problema Principal	27
1.2.2 Problemas secundarios	27
1.3 Justificación e importancia de la investigación.....	27
1.3.1 Importancia a nivel teórico	28
1.3.2 Importancia a nivel práctico.....	28
1.4 Objetivos de la investigación	28
1.4.1 Objetivo general	28
1.4.2 Objetivos específicos	29
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	30
2.1. Definición de conceptos.....	30
2.2. Cuestión de principios.....	39

2.3 ¿Cómo entender la dimensión constitucional del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador?	47
2.3.1. El derecho administrativo y el Derecho administrativo sancionador en materia aduanal	53
2.3.2. Derrotero del tratamiento legal sancionatorio aduanal y su incidencia problemática en nuestra tesis.-	64
2.3.3 Aspectos jurisprudenciales.....	79
2.3.4. La atipicidad en las sanciones referidas al POINT OF ARRIVAL	95
2.3.5. La Gestión de riesgo.....	108
2.3.6. El punto de inflexión.....	119
2.3.7. Solamente un pequeño Cisne Blanco.	127
2.4 Antecedentes del estudio.....	130
2.4.1. Tesis realizada para la PUCP	130
2.4.2. Tesis realizada para la Escuela de Post grado de la Universidad San Martín de Porres	131
2.4.3. Tesis realizada para la Universidad Nacional Federico Villarreal.- ..	132
2.4.4 Tesis realizada para la Universidad Señor de Sipan.-	133
2.4.5. Tesis realizada para la Universidad César Vallejo.....	135
2.4.6. Tesis realizada para la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal	135
2.5. Bases teórico científicas del estudio	136
2.5.1 Investigación científica y método.-	136
2.5.2. Epistemología en nuestra investigación jurídica.-	137
2.5.3 Teoría de la Sanción Administrativa.....	140
CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO	147

3.1. Hipótesis.....	147
3.1.1. Hipótesis general.....	147
3.1.2. Hipótesis específicas	147
3.2. Variables e indicadores	147
3.2.1. Identificación de la Variable Independiente: (HPx).....	148
3.2.2. Identificación de la primera Variable Dependiente (HPy):.....	148
3.2.3. Identificación de la segunda Variable Dependiente (HPz):	148
3.3. Tipo de investigación	148
3.3.1. Por su finalidad	149
3.3.2. Por el origen de sus fuentes.....	149
3.3.3. Por el ámbito	149
3.4. Línea de investigación.....	150
3.5. Diseño de la investigación.	150
3.6. Ámbito y tiempo social de la investigación	150
A. Delimitación espacial:	150
B. Delimitación temporal:.....	150
3.7. Recolección de datos.....	151
3.7.1 Procedimientos	151
3.7.2 Técnicas de recolección de los datos	151
3.7.3. Instrumentos para la recolección de los datos.....	151
CAPÍTULO IV RESULTADOS.....	152
4.1. Procesamiento de los datos y presentación de la Información.....	152
4.1.1. Regla de reconocimiento complejo de H.A. L. Hart.	152
4.1.2. Aplicación del modelo de Toulmin.....	153
4.1.3. Tabulación del resultado de Opiniones de expertos.....	154

4.2. Resultados.....	156
CAPÍTULO V DISCUSIÓN DE RESULTADOS	157
CONCLUSIONES PROPEDÉUTICAS	161
RECOMENDACIÓN.....	163
BIBLIOGRAFÍA	164
ANEXOS	174
ANEXO I. Encuesta - Juicio de expertos.....	174
ANEXO II. Matriz de consistencia del informe final	178
ANEXO III. Tabulación encuesta juicio de expertos.....	179

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1 <i>Lista de procedimientos administrativos validados</i>	103
--	-----

ÍNDICE DE FIGURAS

<i>Figura N° 1.</i> Modalidades de despacho aduanero	32
<i>Figura N° 2.</i> La conexión funcional del código Derecho y el código Poder	65
<i>Figura N° 3.</i> Sanciones por infracción administrativo aduanera de retiro de mercancía del punto de llegada en el Perú	70
<i>Figura N° 4.</i> Matriz del Plan Estratégico 2018 – 2022 SUNAT	77
<i>Figura N° 5.</i> Flujo temporal de las potenciales sanciones a los operadores de comercio exterior	122
<i>Figura N° 6.</i> Noticia paro de transportistas internacional	128

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO I. Encuesta - Juicio de expertos.....	174
ANEXO II. Matriz de consistencia del informe final	178
ANEXO III. Tabulación encuesta juicio de expertos.....	179

RESUMEN

La administración aduanera – en materia sancionatoria- pretende equiparar (o no distinguir, lo cual es igualmente grave) la figura del punto de llegada con el de almacén aduanero temporal, soslayándose en una interpretación errónea y extensiva del principio de tipicidad de fuerza constitucional.

PALABRAS CLAVES: Derecho Aduanero, Derecho Administrativo Sancionador, Punto de Llegada, Tabla de Infracciones, Entelequia, Operadores de Comercio Exterior y Operadores Intervinientes.

ABSTRACT

The customs administration - in sanctioning matters - intends to equate (or not distinguish, which is equally serious) the figure of the point of arrival with that of a temporary customs warehouse, avoiding an erroneous and extensive interpretation of the principle of typical constitutional force.

KEY WORDS: Customs law, Sanctioning Administrative Law, Arrival Point, Violations Table, Entelechy, Foreign Trade Operators and Intervening Operators

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación dejaremos previamente sentado que epistemológicamente el derecho y el derecho contemporáneo no cuenta con razón fundante sino que mantiene su sentido de ciencia práctica, o, en todo caso mi idea es plantear una problemática de carácter normativista mediante una prosa consiliente, por la cual exponemos una idea en su forma primaria pero permitiendo que el público pueda juzgarla, y, en todo caso, abriendo la discusión¹. Ahora bien, Schmitt cuando escribe su ensayo sobre ‘Los tres modos de pensar la ciencia jurídica’ pinta la cancha sobre el normativismo cuando expresa que todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos (Schmitt, 1996, p. 5), ello alejado de lo que ahora entendemos como neo constitucionalismo.

Por lo demás, en líneas generales trato de acoger el positivismo jurídico de orden kelseneano y de Reale, o, como explica la autoridad del derecho de Joseph Raz entendemos que la principal fuerza de la postura positivista reside en su insistencia en que el derecho es esencialmente una forma de organización social²; y, en todo caso, como extensión empírica algo más compleja, una posición que puede asumirse como pos positivista de la teorización jurídica por la cual tenemos al derecho entendido por autores como Ronald Dworking, Carlos S. Nino, Bobbio o Neil Maccormick quienes, como bien acota éste último, desde “...una teoría institucional del derecho que da prioridad conceptual al uso de las normas por los seres humanos antes que a su creación por una autoridad, con una definición del

¹ El sentido del término consiliente o de la “escuela consiliente” que da Taleb en el libro *El Cisne Negro* se refiere a que un artículo científico escrito en su forma primaria permitiría mucho mejor que sea el público quien juzgue. (Taleb, 2016, p. 69)

² Ver en (Raz, 1985, p. 201)

Derecho como ordenamiento normativo institucional”³. En esa orientación el derecho administrativo es una herramienta pragmática para materializar una tutela jurígena efectiva respecto de la *res* pública y su relación con los ciudadanos. Surge como rama específica entonces la regulación en materia de comercio exterior basada casi íntegramente en instituciones aduaneras legales de orden básicamente consuetudinario, por tanto consensuales y convencionales. Prieto Sanchís también expresa al respecto que las normas de orden jurídico positivo no forman un sistema perfecto, de modo que no siempre será posible encontrar esa coherencia sustantiva de un bloque normativo que nos permita deducir reglas particulares a partir de otras más generales y, en último término, a partir de algún principio explícito de la Constitución (Prieto Sanchís, 2013, p. 215) pero de lo que se trata es de buscar esa coherencia en materia punitiva, y, en específico, de la sanción administrativa aduanera.

También existen voces con ideas interesantes, aunque para la academia ciertamente poco atendibles desde el punto de vista racional, como la de Frederick Schauer, quien postula la idea de que el derecho, como sistema normativo, requiere satisfacer un *estándar moral* elemental, alejado del positivismo pero también necesariamente alejado del neo constitucionalismo al que llama postpositivismo, impulsando la figura del operador racional. (Schauer, 2016, p. 38 ss), posición con la que ciertamente coincidimos en buena medida, ya que, para el neo constitucionalismo jurídico de lo que se trataría es promover la búsqueda siempre confusa de un *estándar moral* – *metamoral* - propia del estructuralismo estático del derecho y más precisamente del retribucionismo atávico del derecho punitivo; al

³ Nota: Es Bengoetxea quien identifica y permite perfilar claramente esa idea de Maccormick si se quiere con mejor exactitud, por ello podemos referir además que plantea dar primacía al razonamiento jurídico dentro de la teoría del derecho en correspondencia con el plano moral y “con primacía de la razón práctica que ejercita un espectador imparcial” desarrollando permanentemente automandatos para la acción. Por lo demás resaltamos aquí el aporte del profesor Escocés en lo que se viene a denominar el *pluralismo constitucional* que sirve para efectos de atender a entidades de carácter supranacional, tal cual es el carácter del comercio internacional. Genial. Ver (Bengoetxea, 2015, p. 18,19)

respecto García Amado es lapidario cuando identifica toda aquella inefable pretensión de introducir una suerte de *metamoral* en la deconstrucción de la teoría derecho como una afectación a la auténtica epistemológica de la interpretación normológica⁴, le llama: “mito de la ponderación” destinada a generar efectos perversos dado que ante esa concepción de tener los derechos fundamentales como principios donde hay norma “y que señala que el procedimiento para resolver los conflictos entre derechos fundamentales es el de la ponderación, cualquier norma de derecho fundamental puede entrar en conflicto con otra norma, ya sea otra norma de derecho fundamental o una norma con un principio de otro contenido (...) y puede ser derrotada por ella.”(García Amado, 2019, p. 82,83).

Cabe aclarar que asumimos además de la visión epistemológica, y digo esto para evitar confusiones en tanto asumimos como método de estudio la corriente del Análisis Económico del Derecho dado que , en boca del propio Manuel Atienza, juega un rol destacado en la argumentación jurídica pero reclama que se enlace con una teoría integral del derecho basada en lo racional, lo cual resulta de una coherencia aparente pues se desdice de “la” coherencia cuando propone un anclaje del Análisis Económico del Derecho (AED) en la filosofía moral y política: “para jugar un papel en la construcción de esa teoría integral y de los principios de justicia que forman parte de ella”⁵; no se puede generar confusión adicionando la racionalidad transversal y holística que también el profesor Atienza identifica con buena intención y razonabilidad, pero que implica insuficiencia en el plano empírico.

⁴ Nota: En *Un debate sobre la ponderación* con Manuel Atienza ,defensor de la postura neoconstitucional básica de Alexy, García Amado concluye que: “...Al fin y al cabo, para el propio Alexy el principio de legalidad penal, sancionado en el artículo 103 de la Constitución Alemana es un principio más, sólo un principio y, como tal, derrotable. Pero eso ya no es culpa de Atienza, ciertamente.” Genial. Ver en (Atienza & García Amado, 2016, p. 85)

⁵ El profesor Manuel Atienza expresa su posición bastante denostativa sobre el AED en un prólogo del libro *Justicia, Derecho y mercado: una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho* en el Perú. Ver en (Marciani Burgos et al., 2020, pp. 13-29)

De allí en más, nos corresponde seguir describiendo desapasionadamente el porqué y el cómo históricamente ha ido desarrollándose el principio de legalidad constitucional en las instituciones aduaneras, especialmente en su carácter sancionador, para nuestro concepto estriba en entender que no se debe perder el hilo conductor convencional con el que originó y dimana dicha actividad, recalco, inherente a las relaciones de comercio interplazas o *de mercado internacional*. Además y como necesario punto de inflexión tenemos que *ab initio* el comercio era libre en términos casi absolutos. La actividad de intercambiar mercancías por gusto o necesidad marcaba su intensidad en función a la ley más simple y antigua de todas: la ley de oferta y demanda. Motor cooperación y civilidad. En nuestro saber y entender de la historia esa naturaleza comercial se mantiene o debería mantenerse como enfoque básico de cualquier saludable política económica, pero cuando se ingresa al plano de las regulaciones, en la historia se han producido intentos por parte de Estados y gobiernos por hacer prevalecer dichas regulaciones, generalmente de carácter impositivo, más allá de lo que el modelo de una economía de libre mercado “exige”.

Así, los intentos por aplicar regulaciones al comercio internacional si no están constreñidas a la naturaleza estrictamente comercial y lucrativa de las mismas, histórica o –si se quiere pragmáticamente- se aprecia no han tenido éxito o éste – en el mejor de los casos- ha sido bastante exiguo.

La naturaleza global y capitalista del comercio mundial libre no se puede cuestionar a estas alturas. China es el mejor ejemplo de ello pues en su formulación política “se abraza” de manera soterrada en una ideología de orden socialista-comunista con particularidades, una de ellas la económica. Sin embargo en materia económica se liberaliza por medio de una agresiva estrategia de zona francas cada vez más generalizada, manteniendo un sistema de competitividad e innovación cuya lectura global tranquilamente trasvasa cualquier modelo liberal. Esta suerte de coctel abrevado de ideología política mercantilista y economía expansiva

inapropiada pues importa efectos que preocupan por golpear las reglas de juego logradas en buenas prácticas de comercio mundial competitivo.

Del mismo modo el derecho al tiempo de no tener razón fundante⁶ tampoco puede dejar de regular a estas alturas las actividades de facilitación de comercio mundial, atendiendo su naturaleza consuetudinaria lo cual ciertamente es diferente a regular la economía de mercado. Es en ese plano que el presente trabajo aborda praxeológicamente el tema de cómo se pretende legalizar sanciones a los operadores aduaneros con una norma equívoca e insuficiente y que además adolece de requisitos elementales de validez. La trascendencia del tema relativo a la aplicación de la sanción administrativa típica y formal debe generar un criterio de uniformidad basado en derecho para que las eventuales sanciones a dichos operadores sean *strictu sensu* dentro del marco de la legalidad, en el marco del estado legal de derecho y sobretodo con obligación de certeza, o , como dice Hurtado Pozo: “el ejercicio de la actividad punitiva del Estado conlleva a una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona...” por lo que “...en razón de la gravedad de la intervención surge la necesidad de poner límites al poder estatal y también de determinar un criterio suficientemente claro para discernir las acciones que deben ser prohibidas; fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva”. (Hurtado Pozo, 2005, p. 10) Es por ello que considero que la falta de especificidad de estos criterios de punibilidad en el caso de la inaplicación del principio de tipicidad en materia de sanciones a los operadores

⁶ Giovanni Tarello – de la vertiente realista italiana- por ejemplo, entiende que una definición del derecho en términos de comportamiento es insuficiente y aparecen solo como meros programas de investigación y no como definiciones reales reconociendo que existe una dificultad insalvable para la adopción de un concepto categórico de derecho, más allá de todo techo verbal, manteniéndose como un instrumento para pensar. Tarello dice además que un “concepto” de derecho no sirve para nada y solamente debe coherencia a su condición de conjunto de reglas en base a las cuales los tribunales deciden las controversias (Tarello, 2017, p. 116 ss).

aduaneros –por retiro de mercancías del Punto de llegada sin autorización de levante- requiere el tratamiento crítico que aquí pretendemos argumentar.

El trabajo está estructurado de modo tal que en el capítulo primero trata el problema principal, los problemas secundarios, justificación y objetivos de la investigación. En el capítulo segundo abordamos el marco teórico procediendo a contrastar las instituciones de orden principialista y de orden reglamentario en materia aduanera. Para ello se muestran antecedentes de estudios similares y base epistemológica en debate. El capítulo tercero permite apreciar el sistema de hipótesis generado, tipo, línea y diseño de investigación esencialmente. Por último, los dos últimos capítulos (IV y V) ofrece los resultados y describe sucintamente la discusión y conclusiones propedéuticas generadas.

Finalmente quiero encuadrar y afirmar en lo dicho por Merton quien visiona considerar al abogado como un intelectual con calidad de científico social, pasible de caer en indeterminación al realizar su labor propositiva dado que se encuentra ante contingencias mayores que las de por ejemplo un electricista dado que éste puede predecir cómo funciona un artefacto eléctrico bajo determinadas condiciones, pero, esa comprobación previa “en asuntos sociales no pasa de ser una vaga aproximación” pues de lo que se trata es de reducir lo más posible los errores palpables de juicio.(Merton, 2013, p. 290) De modo tal que la presente propuesta debe necesariamente de adolecer en alguna medida de indeterminación, pero reducida ésta en su mínima expresión.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

La presente investigación tiene como objeto contrastar dogmáticamente una norma sancionatoria con el dispositivo constitucional y afirmar una colisión de orden complejo. Para ello y tomando en cuenta las pautas de autores como Carlos Santiago Nino sobre la ciencia del derecho consistente en un armazón conceptual que subyace a todo orden jurídico, presentando al derecho como un sistema de conceptos. Dice además Carlos S. Nino “La tarea de analizar y combinar conceptos para extraer soluciones a problemas jurídicos se concibe como puramente lógica. La ciencia jurídica no debe recurrir a consideraciones axiológicas, sociológicas, económicas, etc.” (Nino, 2003, p. 14). Ello no representa contradicción con el anunciado método de Análisis Económico del Derecho (AED) y su alocución praxeológica de nuestra parte - Hayek admite que lo que debe prevalecer es la coherencia interna para el óptimo funcionamiento del sistema-⁷ dado que éste no deja de lado al razonamiento lógico, es más, puede afirmarse que la determinación costo – beneficio desde la norma tiene esencialmente carácter lógico.⁸

Por último, resulta inevitable referirnos al AED en un rango de nueva dogmática que rescata Merino Acuña al revelar el carácter tecnológico del derecho

⁷ Nota: Hayek refiere que “la relación entre sistema de normas de conducta y el orden efectivamente existente es que jamás puede haber una ciencia del derecho que sea puramente una ciencia del derecho sin tomar en consideración el orden efectivo al que las mismas tienden. Si una nueva norma se incorpora al sistema normativo ya existente, no sólo se plantea un problema de lógica, sino que normalmente es también un problema de si, en las circunstancias que se dan de hecho, la nueva norma conduce a un orden de acciones compatibles”. Ver en (Hayek, 2016, p. 135)

⁸ Nota: En una interesante investigación sobre el desarrollo del AED en el Perú José Sotomayor Trelles identifica a la suscripción del Tratado de Libre Comercio en EEUU en 2006 –entre otros- en el periodo que descrito como de Estabilización y leve declive del AED desde la segunda mitad de la década del 2000 hasta la actualidad (Marciani Burgos et al., 2020, p. 43).

dado que conjugar “Derecho y Economía” genera una profunda interrelación entre la disciplina jurídica y económica mediante un análisis de las consecuencias jurídicas de las decisiones legales, la racionalidad económica de estas decisiones y el rol de la economía en la elaboración de leyes y políticas”. Y rematando, en la línea inversa de Karl Polanyi, que “la economía no está subsumida en instituciones políticas y legales, sino al revés: las instituciones políticas y legales están subsumidas en la lógica del mercado”(Merino Acuña et al., 2016, p. 67).

1.1 Planteamiento del problema

La ley General de Aduanas aprobada mediante el decreto legislativo N°1053 tuvo como objetivo dispositivo sustancial cumplir con lo negociado y pactado en el Tratado de Libre Comercio con el gobierno de los Estados Unidos, instrumento de integración que incluye las respectivas políticas fiscales. En ese contexto, como una medida sustancial para que se pueda suscribir el acuerdo el Perú debía de armonizar una serie de requerimientos planteados por la primera potencia del mundo y como segunda medida la finalidad buscada era la de modernizar la aduana peruana y sus procedimientos.

Uno de los conceptos plasmados en ese TLC y que se incorporan a la legislación aduanera peruana es el del “POINT OF ARRIVAL” o “Punto de llegada” que ciertamente a estas alturas, tras casi una década de su puesta en vigencia genera polémica⁹. Dicha figura plantea básicamente – según el corpus del TLC- que el Perú al acogerse a esta idea debe tener al Punto de llegada como el punto de ingreso de las mercancías al territorio aduanero nacional, de modo tal que el servicio aduanero de ambos países contratantes debe

⁹ Otro de los conceptos introducidos casi con fórceps en nuestra realidad aduanal es la obligatoriedad de implementar en las importaciones la modalidad del “Despacho Anticipado”, que no es menester abordar a fondo, pero que a modo de breve reflexión, diré que planteada su obligatoriedad de implementación en el Perú para fines del año 2019 se han generado conflictos con normativa convencional de bloques como el de la CAN -con la Decisión 671- que pautea la pluralidad de modalidades de despacho de importaciones (el despacho diferido como modalidad tiene sus horas contadas) como opción para el operador aduanero.

implementar un sistema de despacho aduanero en el Punto de llegada sin que sea necesario su traslado a un Depósito temporal. Ciertamente es que desde hace casi once años en que rige la LGA¹⁰ no se ha logrado tener una infraestructura a la altura de tal compromiso, es decir, que permita despachar en un solo lugar la mercancía producto de nuestras importaciones, sin embargo tampoco es ocioso reconocer que la pre existencia de los Depósitos temporales ha coadyuvado al sostenimiento del movimiento cada vez más creciente de importaciones y el manejo de la carga en el país.

El problema se presenta cuando el sistema propio de la concepción de “aduanas de segundo piso”, por la cual la SUNAT mediante sus facultades dimanantes de la Potestad aduanera activa sanciones a operadores aduaneros importantes, como es el caso de Importadores- Consignatarios, Depósitos temporales, Agentes de aduana, invocando un eventual incumplimiento de la normativa pertinente al tratamiento de la pseudo institución del Punto de llegada, veamos los supuestos infraccionables más ostensibles como es lo relativo a dueños o consignatarios y despachadores en función a la eventual infracción a la norma que proscribe ciertas conductas con el Punto de llegada conteniendo justificación en la formalidad de zona primaria. Al respecto Giovanni Tarello en razón a una necesidad de la hermenéutica jurídica a nivel administrativo percibe este tipo de situación como un problema de *presuposición* cuando afirma que “...algunos enunciados legislativos son formulados en modo de reenviar al intérprete a otros enunciados legislativos. En estos casos, el intérprete, al atribuir un significado al enunciado objeto de reenvío: la interpretación del enunciado presupone la interpretación del

¹⁰ El Decreto Legislativo 1053 se promulgó el 26 de junio del 2008, se publicó en el diario oficial el 27 del mismo mes, pero ingresa en vigencia parcial, debiéndose anotar que su plena vigencia opera recién el 1 de octubre del año 2010.

segundo enunciado” (Tarello, 2018, p. 178). El asunto se complejiza de la siguiente manera:

En el caso de los dueños o consignatarios el supuesto infraccional y la base legal invocada por la Administración es el artículo 192° literal c) numeral 9 que a la letra prescribe:

Artículo 192.- Infracciones sancionables con multa:

Cometen infracciones sancionables con multa:

(...)

c) los dueños, consignatarios o consignantes, cuando:

(...) 9.- Efectúen el retiro de las mercancías del punto de llegada cuando no se haya concedido el levante, se encuentren con medida preventiva dispuesta por la Autoridad Aduanera o no se haya autorizado su retiro en los casos establecidos en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento.”

En el caso de los despachadores de Aduana el supuesto infraccional y la base legal invocada por la Administración es el artículo 192 inciso b) numeral 14 que a la letra prescribe:

Artículo 192.- Infracciones sancionables con multa:

Cometen infracciones sancionables con multa:

(...)

b) Los despachadores de aduanas, cuando:

(...) 14.- Efectúen el retiro de las mercancías del punto de llegada cuando no se haya concedido el levante, se encuentren inmovilizadas por la autoridad aduanera o cuando no se haya n

autorizado su salida; en los casos excepcionales establecidos en el Decreto Legislativo y su Reglamento;”¹¹

En el caso de los almacenes aduaneros el supuesto infraccional y la base legal invocada por la Administración es el artículo 192 inciso f) numeral 9 que a la letra prescribe:

Artículo 192.- Infracciones sancionables con multa:

Cometen infracciones sancionables con multa:

(...)

f) Los almacenes aduaneros, cuando:

(...) 9.- Entreguen o dispongan de las mercancías sin que la autoridad aduanera haya :

Concedido su levante;

Dejado sin efecto la medida preventiva dispuesta por la autoridad aduanera;”¹²

Lamentablemente, para empezar, se patentiza una evidente sustracción del principio de legalidad consagrado –para efectos administrativo aduaneros– en el artículo 188 de la Ley General de Aduanas que señala:

“Artículo 188°.- Principio de Legalidad

Para que un hecho sea calificado como infracción aduanera debe estar previsto en la forma que establecen las leyes, previamente

¹¹ En la actual Ley General de Aduanas modificada por el Decreto Legislativo N° 1433, tenemos que el incisos b y l) del artículo 197 al especificar las infracciones del comercio exterior, considera entre otros supuestos, lo siguiente:

“ l) Entregar, recibir, retirar, vender, disponer, trasladar, destinar a otro fin, transferir, o permitir el uso por terceros de las mercancías, de manera diferente a lo establecido legalmente o sin contar con la debida autorización de la Administración Aduanera, según corresponda”.

La Tabla de Sanciones Aduaneras tiene detallada esta infracción con el código N41.

¹² Esta infracción se desprende también de los incisos b) y l) del artículo 197 de la Ley General de Aduanas modificada con el Decreto Legislativo N° 1433, pero en la Tabla tiene el código N42.

a su realización. No procede aplicar sanciones por interpretación extensiva de la norma”.

Por otra parte, el principio de tipicidad, comprometido en sustancia de la presente construcción teórica lo encontramos, primero en el artículo 2 literal 24 d) de la Constitución Política del Perú conforme al cual toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal sin poder ser procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena prevista en la ley”.

La eventual situación de conflicto dogmático estriba en establecer una proscripción forzada por la administración aduanera al pretender sancionar a operadores aduaneros con un supuesto antijurídico errático e insuficiente, por lo que no podemos dejar de citar a Rioja Bermúdez (2016, p. 144) cuando otorga un acertado insumo a la discusión cuando dice: “no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos.”

Así las cosas, sobre el contenido óptico de la tipicidad viene prescrito propiamente por el legislador en el artículo 246 numeral 4 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General peruano. Sobre esto Morante (2017, p. 340 ss) señala que a veces se confunde con el principio de legalidad sancionadora pero que la potestad sancionadora de todas entidades está regida, adicionalmente, entre otros principios especiales, por el principio de tipicidad, por ello entonces:

“Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria”

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer sanciones a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales, o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. En tal sentido el principio de legalidad y en especial el componente esencial del sub principio de tipicidad¹³ impone parámetros a la potestad sancionadora por seguridad jurídica pues debe también enmarcarse en consagrados apogemas como los de: a) Reserva de la ley en la tipificación de conductas pasibles de sanción administrativa (*lex praevia*); b) Certeza o detalle en la descripción de la conducta constitutiva de infracción

¹³ Nota: El Tribunal Constitucional señala en sentencia recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC (...) 9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168 de la Constitución...”

administrativa (*lex scripta*) y, c) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva de la norma supuesta como infracción administrativa (*nullum poena sine previa lege*). Y es en el segundo contenido (*lex scripta*) en el que el presente trabajo de investigación va a aportar la suficiente disquisición en pro de demostrar que la administración tributario aduanera adolece, casi se puede afirmar ex profeso, de información suficiente para operacionalizar sanciones efectivas relacionadas con el punto de llegada (“*point of arrival*”) por la derrotabilidad del elemento *típo*.

SUNAT pretende equiparar (o no distinguir) entre las figuras legales del *Punto de llegada* y del *Almacén aduanero* refiriendo el tema al contenido del Informe 064-2010- SUNAT/2B4000 por el que se hace una interpretación errónea y extensiva otra vez de la ley indicando que:

“...En tal sentido es preciso tener en cuenta que *punto de llegada* son las áreas consideradas zona primaria en donde se realizan operaciones vinculadas al ingreso de mercancías al país, tales como operaciones de desembarque, embarque, movilización o despacho de mercancías...”

Cabe precisar que por razones logísticas no es posible que se puedan realizar operaciones de embarque o desembarque directamente desde un almacén aduanero, habida cuenta que, por lo general están ubicados a una distancia razonable de los puertos o aeropuertos, por lo que en este extremo se está partiendo de una falacia al pretender equiparar los almacenes aduaneros con la conceptualización originaria del punto de llegada contenida en el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos.

Posteriormente, otra vez, sin ser peyorativo, para la fusionada SUNAT- a través del razonamiento elaborado por su Intendencia Nacional Jurídica- queda absolutamente sentado como criterio de motivación interna para la

sanción a operadores la confusión de la “institución” del Punto de llegada con la figura del Almacén aduanero, tal como puede desprenderse por ejemplo de la simple lectura del Informe N°29 – 2015 – SUNAT/5D1000 parte I sobre Materia referida a “...consultas vinculadas a la configuración de infracciones, en los casos en que los OCE¹⁴ efectúen el retiro de mercancías del Punto de llegada, encontrándose pendiente de levante una medida preventiva de inmovilización...”¹⁵

Al realizar un breve análisis del documento encontramos los siguientes errores:

- En su parte III pertinente al Análisis dice que la consulta se circunscribe a aquellos casos en los que la ICA¹⁶ como parte de una ACE¹⁷ realiza inmovilización de mercaderías con el objeto de realizar una inspección “...notificando el referido acto, únicamente al *punto de llegada o almacén aduanero*...”. Es decir se utilizan los dos conceptos como unívocos.
- En la parte IV pertinente a la Segunda Conclusión señala que “...los dueños, consignatarios o consignantes que efectúen el retiro de mercancías del punto de llegada o almacén aduanero, *antes de que se haya dispuesto el levante de la medida preventiva de inmovilización* solo serán pasibles de sanción de suspensión...” Esta vez se utiliza como unívocos los términos “levante” con el de “levante de la medida preventiva de inmovilización”. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a su naturaleza jurídica eminentemente tributaria, ella aplica tanto para el despacho de

¹⁴ Operadores de Comercio Exterior.

¹⁵ Nota: Aquí es menester aclarar que dicha posición de la SUNAT imprime el criterio no solamente para el tratamiento a los OCEs involucrados al efectuar retiro de mercancías del Punto de Llegada con pendencia de levante por medida preventiva, sino que en la práctica abarca todo el supuesto o acto típico, lo que a su vez irradia a toda la administración aduanera.

¹⁶ Intendencia de Control Aduanero.

¹⁷ Acción de Control Extraordinaria.

importación o exportación – aunque en el segundo caso es cada vez más extraño que se grave con tributos- de mercancías. Sin embargo las medidas preventivas como las de inmovilización o incautación –entre otras- solo requieren ser dejadas sin efecto, material y formalmente, por la misma instancia que las instauró.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema Principal

¿En qué medida las infracciones administrativo-aduaneras tipificadas para los Operadores de comercio exterior y operadores intervinientes, involucrados en el retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante, colisionan con el principio constitucional de tipicidad afectando la Seguridad jurídica?

1.2.2 Problemas secundarios

1.2.2.1. Primer problema secundario.-

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las sanciones aduaneras aplicables a los usuarios aduaneros por retirar mercancía desde el Punto de llegada sin autorización de levante?

1.2.2.2.Segundo problema secundario.-

¿Sería necesario dejar sin efecto formal las sanciones administrativo aduaneras imputadas por retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de llegada a fin de no afectar al principio de facilitación de comercio?

1.3 Justificación e importancia de la investigación

La presente investigación se justifica en la obviedad de demostrar que la administración aduanera abdica de sus facultades propositivas para encausar tipificaciones y sanciones en el marco adecuado de la ley, ocasionando

vulneración al principio de legalidad, mismo que encierra al de tipicidad, esencial en nuestro ordenamiento jurídico para proscribir la arbitrariedad y garantizar el principio aduanal de Facilitación de comercio.

1.3.1 Importancia a nivel teórico

Si bien es cierto la línea de investigación de la presente investigación se enmarca en el derecho administrativo sancionador la importancia de la presente pauta teórica recae en dar respuesta satisfactoria y suficiente a las incógnitas que derivan de la formulación del problema dentro del ámbito aduanal, ciertamente por alcance dogmático en materia de sanción y la legitimidad de ésta.

1.3.2 Importancia a nivel práctico

La trascendencia del presente trabajo se encuentra relacionada por lo que viene representar la inadecuada aplicación de sanciones a los operadores aduaneros involucrados, haciéndoles pasibles de sanciones injustas por antitécnicas.

En el Perú el artículo 188 de la Ley General de Aduanas proscribiera claramente la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma o por analogía. Al respecto Pedro O. Mojica nos recuerda que la expresión del *in dubio pro reo* –por el cual la duda favorece al sancionable- debe interpretarse así sobre todo cuando las fallas proceden de la técnica jurídica del legislador originario o del delegado, como es el caso que nos avoca en la presente investigación (Mojica, 2019, p. 781).

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

Si sería necesario dejar sin efecto las infracciones administrativo aduaneras aplicables a los OCE y OI por el retiro de mercancías del Punto

de llegada sin autorización de levante, al incumplir el principio constitucional de tipicidad afectando la seguridad jurídica.

1.4.2 Objetivos específicos

1.4.2.1. Primer objetivo específico.-

Explicar si la naturaleza jurídica de las sanciones administrativo-aduaneras imputadas por retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de llegada está correctamente aplicada

1.3.2.2. Segundo objetivo específico.-

Argumentar la necesidad jurídica de dejar sin efecto la aplicación formal de las sanciones relativas al retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante, imputadas a los OCE y OI¹⁸ involucrados, por vulnerar la seguridad jurídica.

¹⁸ OCE= Operadores de Comercio Exterior; OI=Operadores Intervinientes.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

La presentación de los lineamientos sobre los cuales teorizamos el problema mediante la propuesta de la hipótesis correspondiente nos exigía ir más allá de una mera presentación correlativa ¹⁹de ciertas definiciones; por ello, a efectos epistemológicos principalmente, enfocaremos el marco teórico enriqueciendo, al menos esa es nuestra intención, cada concepto considerado importante para nuestro estudio en su dimensión operativa, explicando y ampliando en lo posible su significado y pertinencia, insisto, a fin de presentarlos al lector de manera pragmática e integral.

2.1. Definición de conceptos

En el desarrollo de la presente investigación se hará uso, principalmente, de los siguientes conceptos y definiciones, en un orden no alfabético sino más bien operativo:

- a. **Acto administrativo.-** Aquí recogemos la definición del profesor Santofimio que identifica los orígenes del concepto en la evolución del derecho revolucionario francés –específicamente en El Repertorio de jurisprudencias de Merlín publicado en la cuarta edición de Guyot en 1812- para generar una teoría clásica y general del acto administrativo en relación a otras posiciones que coadyuven a una mejor interpretación. Quedando el acto administrativo como “toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean

¹⁹ Es por ello que su presentación no obedece el orden alfabético sino el de relevancia científica para el investigador.

órganos públicos o privados, tendiente a la producción de efectos jurídicos”. Resalta no solo su naturaleza voluntaria y decisoria para alterar el mundo jurídico.²⁰

- b. Almacén Aduanero.- Local destinado a la custodia temporal de las mercancías cuya administración puede estar a cargo de la autoridad aduanera, de otras dependencias públicas o de personas naturales o jurídicas, entendiéndose como tales a los depósitos temporales y depósitos aduaneros.
- c. **Derecho administrativo.**- Guillermo Barón alineado con García de Enterría, arriba a un concepto resumido desde una perspectiva histórica por el que atiende su génesis en la Revolución Francesa con la personificación jurídica del Estado y de la administración pública. “Al principio regula la administración pública; pero, por el modelo de desarrollo a esta se le aplica el derecho privado entonces se produce una ruptura y ya no es, derecho administrativo el derecho de la administración pública. También se define como el derecho de la función administrativa”(Barón Barrera, 2016, p. 25,26). De nuestra parte quedaría conformado además por la necesidad funcional del servicio público.
- d. Depósito Temporal.- Local donde se ingresan y almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera.

²⁰ Lo importante del mensaje sobre el acto administrativo de Santofimio Gamboa respecto de su eficacia además estriba en que la administración agote el proceso dirigido a su exteriorización con el fin de producir efectos en el mundo del derecho (Santofimio G., 1994, p. 59,181) . Recordemos que éste autor adopta una postura doctrinal dentro del derecho positivo como es la más amplia y científica de creación del derecho dentro del sistema normativo abandonando la confusión –como él y Santamaría Pastor califican - del tratamiento de fuentes.

- e. Despachadores de Aduanas.- En general vienen a ser aquellas personas naturales o jurídicas autorizadas por SUNAT para gestionar en su representación el ingreso o salida de mercancías. Sin embargo la legislación peruana admite tres categorías de despachadores de aduanas. Aquí encontramos a los dueños, consignantes²¹ o consignatarios. En segundo lugar encontramos a los denominados Despachadores Oficiales, que representan a entidades del Estado, y, en tercer lugar a los Agentes de Aduanas propiamente dichos que encajan en la primera definición como apoderados de entidades privadas²².

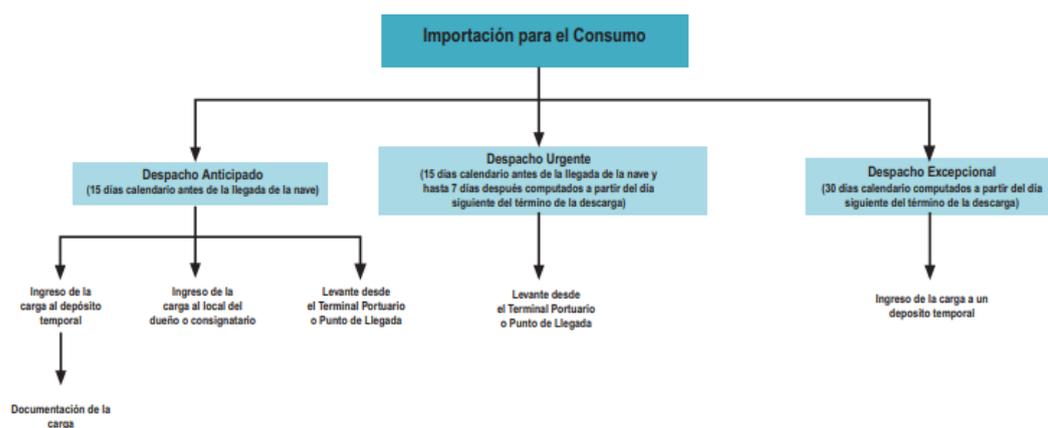


Figura N° 1. Modalidades de despacho aduanero

Fuente: Veritra de Analytics

- f. Depósito Aduanero.- Local donde se ingresan y almacenan mercancías solicitadas al régimen de depósito aduanero. Pueden ser privados o públicos.

²¹ De acuerdo a la LGA el consignante es aquella persona natural o jurídica que envía mercancías a un consignatario en el país o hacia el exterior.

²² El Decreto legislativo 1433 define al despachador de aduana como aquel que presta servicio de gestión de despacho aduanero.

- g. Funcionario aduanero .- Personal de SUNAT designado o encargado para desempeñar actividades o funciones en su representación, ejerciendo la potestad aduanera de acuerdo con su competencia como servidor público.
- h. **Gestión de riesgo aduanal.-** Viene a ser la capacidad de la autoridad administrativa para controlar mediante indicadores como control de importaciones, nivel de cumplimiento de la ley, aquellos supuestos de filtración sistemática de infracciones que a la postre distorsionen su funcionamiento operativo institucional. En materia de gestión pública aduanera y control se requiere de un manejo dinámico y aleatorio por parte de la SUNAT. El límite temporario es de cuatro años está marcado por la facultad denominada potestad de fiscalización posterior y de la prescripción de la Obligación Tributaria Aduanera, cuya formulación se encuentra en el TUO del Código Tributario.
- i. **Infracción Administrativa.-** Según la Real Academia de la lengua Española es el castigo impuesto al ciudadano por una administración pública por razón de la comisión de una infracción administrativa que forma parte, junto con la pena impuesta por los tribunales penales, del *ius puniendi* del Estado. Por imperativo constitucional, la sanción administrativa no puede consistir, ni directa ni subsidiariamente (por impago de multa administrativa), en privación de libertad, salvo en el ámbito disciplinario de los militares.

Ahora bien, Viacava Paredes adecuadamente apunta que la Administración Pública, por el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho que abrazamos, se encuentra subordinada a éste y por lógica extensión al modelo económico de manera consustancial, en su rol de instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad, de modo que también la potestad sancionadora debe actuar contra los poderes privados y los poderes públicos que vayan en contra del mismo,

pero evitando el abuso del poder (2019, p. 103 ss). Finalmente rescatamos de Rebollo Puig que: "...una infracción administrativa no es cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Es sólo aquella conducta contraria a dicho ordenamiento (conducta antijurídica) que, además está tipificada en una ley como tal infracción y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa" (Rebollo Puig et al., 2005, p. 23).

- j. Levante.-** Según la LGA: "es el acto por el cual la Aduana autoriza formalmente a los operadores interesados a disponer condicional o incondicionalmente de las mercancías despachadas.

Es incondicional cuando la deuda ha sido pagada o está garantizada. En los regímenes suspensivos o temporales, siempre es condicional". Sin embargo debe anotarse que a efectos del esquema sancionatorio cuestionado en la presente tesis el acto administrativo de levante viene a significar de suma importancia para determinar en nuestro análisis de que la estructura típica sancionatoria es errática e inconveniente.

- k. OEA.-** (Operador Económico Autorizado) En el Anexo I del Marco Normativo SAFE ²³se define al Operador Económico Autorizado como,"... una parte integrante del movimiento internacional de mercancías, cualquiera sea el motivo, que fue reconocido por una administración nacional de aduanas por cumplir las normas de la OMA o normas equivalentes en materia de seguridad de la cadena logística. Los OEA pueden ser fabricantes, importadores, exportadores, despachantes de aduana, transportistas, operadores de agrupamiento, intermediarios, operadores portuarios, de aeropuertos o terminales, operadores de

²³ Se trata de Estándares para Asegurar y Facilitar el Comercio (SAFE, por sus siglas en idioma inglés) de la Organización Mundial de Aduanas (OMA).

transporte integrados, operadores de depósito, distribuidores, operadores de transporte.”

1. **Potestad de fiscalización posterior.-** Siendo la Potestad aduanera²⁴ el marco no tan general de ejercicio ejecutivo²⁵ para que la aduana ejerza facultades normativas entre las que están las de control del despacho, la Potestad de fiscalización posterior estriba en que esa potestad de control se extienda por un lapso no menor de cuatro años – coincidente con el plazo de prescripción para extinción de la Obligación Tributaria Aduanera contenido en el TUO del CT- y por el cual se extingue la potestad aduanera.

- m. Principio de Facilitación del Comercio.-** Fundamentalmente para la ²⁶OMC es aquel principio de orden mundial que va a promover la simplificación, modernización y armonización de los procedimientos aduaneros de exportación e importación y que se ha convertido, por lo tanto, en un tema importante para el sistema mundial de comercio. Considero que es el principio aduanero más importante pues le otorga sentido sistémico a las gestiones que involucran al servicio aduanero con los OEAs.

²⁴ La Ley General de Aduanas en su artículo 164 contiene la definición de la potestad aduanera como: “el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero. La Administración Aduanera dispondrá las medidas y procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio de la potestad aduanera. Los administradores y concesionarios, o quienes hagan sus veces, de los puertos, aeropuertos, terminales terrestres y almacenes aduaneros, proporcionarán a la autoridad aduanera las instalaciones e infraestructura idóneas para el ejercicio de su potestad”.

²⁵ Alpaca usa el término “poder de ejecución”. Ver (Alpaca Pérez, 2015, pp. 396-397)

²⁶ Siglas de la Organización Mundial de Comercio (en inglés, WTO, World Trade Organization).

- n. **Principio de Presunción de Licitud**²⁷.- por este principio de orden material, las entidades gubernamentales –como las aduanas- deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no se cuenten con evidencia en contrario.

- o. **Principio de protección de confianza legítima (PCL)**.- Principio relacionado con la seguridad jurídica en la administración pública por el cual se entiende que el servicio público –como función esencial- se gestionará sin defraudar las expectativas del administrado que confía en la legalidad del acto administrativo.

En la Unión Europea por ejemplo se aprecia el PCL como sostén fundamental de la legalidad derecho comunitario, por consiguiente, de su legitimidad, bien señala Ugartemendia: “... toda actuación normativa debe respetar la confianza que haya podido generar, o, dicho de otra manera , debe respetar el principio (general del Derecho comunitario) de PCL ‘corolario del principio de seguridad jurídica’(Ugartemendia Eceizabarrena, 2011, p. 42 ss).

- p. **Procedimiento administrativo**.- Conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.²⁸

²⁷ Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, artículo 290, numeral 9).

²⁸ Ver D.S. 004-2019-JUS.

- q. **Punto de llegada**²⁹.- Se considera Punto de llegada a aquellas áreas *especializadas*³⁰ consideradas zona primaria en la que se realicen operaciones vinculadas al ingreso de mercancías al país.

En el caso de transporte aéreo, los terminales de carga del transportista regulados en las normas del sector transporte podrán ser punto de llegada siempre que sean debidamente autorizados por la Administración Aduanera como depósitos temporales.³¹ Hay que anotar que la noción operativa del *Point of arrival* implica gestionar control en carga o descarga de importaciones y exportaciones pero básicamente en zonas de control en puertos, aeropuertos y terminales de almacenamiento logístico de rango-tipo hub, caracterizados por representar grandes centros de redistribución de mercaderías a destinos más cortos.

- r. **Régimen de Importación para el Consumo**.- Régimen aduanero que permite el ingreso de mercancías al territorio aduanero para su consumo, luego del pago o garantía según corresponda, de los derechos arancelarios y demás impuestos aplicables, así como el pago de los recargos y multas que pudieran haberse generado y del cumplimiento de las formalidades y otras obligaciones aduaneras.
- s. Seguridad jurídica.- Principio y norma relativa a la previsibilidad de la conducta del Estado de derecho frente a los administrados.
- t. Zona Primaria Aduanera.- Parte del territorio aduanero que comprende los puertos, aeropuertos, terminales terrestres, centros de atención en frontera para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o

²⁹ Point of arrival.

³⁰ La especialización gira en torno al manejo de grandes volúmenes de carga (Vgr. Un puerto Hub)

³¹ LGA.

despacho de las mercancías y las oficinas, locales o dependencias destinadas al servicio directo de una aduana. Adicionalmente, puede comprender recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres, predios o caminos habilitados o autorizados para las operaciones arriba mencionadas. Esto incluye a los almacenes y depósitos de mercancía que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y hayan sido autorizados por la Administración Aduanera. En el presente estudio tenemos que señalar que la utilización del concepto escapa del sentido deóntico necesario, produciéndose una superposición con el de Zona primaria aduanera, cuando difieren no solo en un sentido **semántico sino también en su acepción operacional**.

- u. **Zona Secundaria Aduanera.-** Parte del territorio aduanero no comprendida como zona primaria o zona franca.

2.2. Cuestión de principios

Los abogados al afrontar un conflicto y eventualmente un litigio tenemos un natural temor a la posibilidad de que un vacío legal, laguna jurídica, doctrina relevante o simplemente la costumbre no permita poner fin al conflicto; esto implicará, especialmente para un fuero jurisdiccional, la necesidad de echar mano de algún elemento salvador, como resulta ser un principio de derecho. Hablar de principios generales del derecho no hace más que complicar la teorización pues también habría que diferenciar aquellos de los que tendrían la condición de “principios especiales del derecho”. En tal sentido vendrían a tener esa calidad los principios del derecho penal, o los principios del derecho laboral, etc. ¿Pero cuáles serían los llamados principios generales? Es en este punto que advertiremos que no existe una relación finita y probablemente se produzca una confusión entre principios con fuentes³², o de éstas dos últimas con simples metáforas que fueron construyéndose a través de la historia para facilitar la solución gregaria de conflictos interpersonales y de autoridad.

De las funciones de los principios que identifican autores como Bobbio y Prieto Sanchís en lo sucesivo compartimos que asumimos dentro de la función normativa a la interpretativa respecto del significado de una disposición a diferencia de la interpretativa que se asume ante la ausencia de la norma (Prieto Sanchís, 2013, p. 175 ss). Recordemos entonces que ni siquiera en la inmensa vertiente griega del conocimiento se hablaba de principios del derecho puesto que el derecho implicaba la solución práctica y lógica que otorgaba el magistrado con utilización de su propio sentido de equidad. Entonces tenemos que para tratar de entender la noción de principio del derecho

³² No es materia entrar a discutir la naturaleza arbitraria en la composición de no pocas de ellas. En el menor de los casos dice Cervantes Anaya, el vocablo “fuentes” ha sido utilizado en materia jurídica para tratar de determinar el origen de las normas y resulta un término multívoco, pues a veces se le confunde con las fuentes del conocimiento jurídico, otras, con las fuentes de la Ley, y algunas con las del Derecho Positivo. Ver (Cervantes Anaya, 2013, p. 67)

o principios de derecho debemos de reconocer que éstos no los encontramos especificados en el pensamiento socrático ni de su discípulo Platón. Sin embargo, en el caso de Aristóteles tenemos que en un documento llamado *Segundos Analíticos*³³ se privilegia a la lógica, al razonamiento analítico concluyente, en oposición al razonamiento dialéctico basado en premisas probables, no certeras. De modo tal que el término griego *arché* o *arjé* significa “el principio o esencia de todas las cosas” y teniendo en cuenta la forma de pensamiento presocrático en que se afina el término, también hay que decir que dicho punto de vista era vinculado exclusivamente a la materia.³⁴

Sin embargo la noción de principios generales de derecho no se encuentra en el derecho romano de los *regula iuris* contenidos en el Digesto, como tampoco se desprende esa idea de las Institutas de Justiniano. Los llamados *regula iuris* no contemplaban soluciones jurídicas sino que tenían un contenido meramente enunciativo del derecho aplicado en otros casos. La explicación estriba en que los *regula iuris* no contienen efecto metafísico sino que significaban mandatos concretos, es decir, los principios no eran tales sino definiciones o “razonamientos concluyentes”, si se quiere, respecto de formas de conducta en la sociedad romana; simplemente, entonces, conclusiones producto del pensamiento de grandes juristas pero que puestos en práctica no eran de necesidad principialista, o si se quiere, de orden *principiae* o *prima principiae* en el sentido aristotélico de emitente cariz lógico matemático. Con el advenimiento de la modernidad vemos que inclusive el código napoleónico de 1814, no contemplaba los principios generales de la ley en su morfología, ello por la evidente influencia de Montesquieu (autor a la vez del famoso

³³ Ver (Aristóteles, 1875, p. 23 ss)

³⁴ Ver, Aristóteles, *Metafísica*, Libro III. Biblioteca filosófica, Obras filosóficas de Aristóteles. Volumen 10. Traducción: Patricio Azcárate. Web: <https://www.e-torredabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofia-griega/Presocraticos/Arche.htm> (...La mayor parte de los primeros que filosofaron, no consideraron los principios de todas las cosas, sino desde el punto de vista de la materia. Aquello de donde salen los seres...”

pleonasma...“el juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”) para quien no cabía admitir premisas fuera del sistema jurídico implantado de turno.

Articulando la acción del hombre en sociedad y con el sentido del derecho –sea de producción estatutaria o jurisprudencial- rescatamos de Maccormick lo siguiente:“El intento de articular principios para la acción pertenece al ámbito del razonamiento sobre los asuntos prácticos de la vida; se ocupa de la orientación de decisiones, juicios, valoraciones y todo lo demás. Eso no significa que todas nuestras razones para actuar se apoyen en principios ni que las personas no actúen a menudo de una forma meramente impulsiva.”(MacCormick, 2018, p. 35)

Ahora, jurídicamente cierto es que alguna parte de la doctrina niega a los denominados Principios generales del derecho las tres categorías contenidas en el enunciado; es decir, que, no son principios, que no son generales y que no corresponden o no son en strictu sensu de derecho. En mucho comparto la posición de jurisconsultos como Enrique Ghersi al respecto³⁵; o, también como la del profesor Carlos Polanco quien baja una velocidad – pero sin contradecir lo anterior- para lograr señalar que: “...Los principios, sean jurídicos o generales del derecho, tienen varios significados que van desde la mera identificación con máximas y aforismos, pasan por las generalizaciones ilustrativas y/o son normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento, por lo que en su interpretación contienen los aspectos centrales de este.” Y agrega, en posición final que compartimos que : “Si se trata de normas, son reglas cuyo cumplimiento es obligatorio y dejan de ser meras disposiciones inspiradoras de un sistema jurídico”(Polanco, 2020, p. 37). También, entre otros, Norberto Bobbio el profesor italiano de franca

³⁵ Ver: Sergio Santillán Díaz. (2016b, julio 6). ¿Metáforas o Principios generales del Derecho? (Sesión 5) | Enrique Ghersi [Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=2IgmjS2hzLo>

orientación pospositivista quien reconoce a los principios generales del derecho como una expresión de un procedimiento de autointegración conocido como *analogía iuris* por el derecho civil italiano desde el que aporta, teniendo que aclararse que el legislador de 1865 debió cambiar la redacción final del código civil refiriéndose a ellos como “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”(1999, p. 238 ss) a fin de que se supere la entelequia de si esos principios tenían origen del *ius naturalismo* o del *ius positivismo*, nada menos. También Andrés Rosler, en la línea de Dworkin, por su lado nos habla de la autoridad que debe tener el derecho puesto que prácticamente ya no existe una frontera entre el derecho y la ética o la política, ello gracias al *interpretativismo* por lo que el positivismo jurídico corre en un futuro no muy lejano, y si no se retoman los cánones mínimos, un serio riesgo de extinción³⁶. Aunque, hay que decir que se debe tener cuidado con el término (interpretativismo) pues autores como John Hart Ely refieren más bien que lo que atenta contra el positivismo debería tenerse como *no interpretativismo* pues por éste se tendría que entender que se pone por delante a los valores fundamentales –por naturaleza indefinidos- y que permiten al tomador de la decisión –juez, yo digo funcionario por extensión funcional- aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo iuris³⁷. Tampoco faltan aquellas posiciones que intentan ver principios de sustentación para el derecho administrativo –tal vez uno nuevo- en alguna categoría filosófica pero con poco éxito, por ir básicamente en contra del principio de legalidad, que incluye a la propia noción de justicia. Al respecto expresa José M. Pacori quien habla del “principio de justicia” en pos de que se atienda cualquier decisión de la administración reglamentada anteponiendo la dignidad de la persona humana, posición, repito que no compartimos en absoluto pues el profesor Pacori mismo reconoce que no es ajeno a la discusión filosófica sobre el concepto de *justicia material*

³⁶ Ver (Rosler, 2020, p. 177 ss)

³⁷ Ver (Calle, 2014, p. 11)

³⁸que por su naturaleza y dinámica tiene infinitud axiológica de contenido a diferencia de *la justicia formal* como precepto acotable.

Robert Alexy en su compendio *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* plantea la distinción entre reglas y principios, considerando además a estos últimos en un rango que denomina “mandatos de optimización”, afirmando de corriente que “...una norma es un mandato de optimización y, por lo tanto, un *principio*, si ello ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”. Además podemos rescatar la necesidad de que los enunciados normativos presuponen una teoría del lenguaje normativo, en lo que no me encuentro de acuerdo es en fundamentar la teoría en el marco de la filosofía analítica de una teoría metaética, pues, el mismo Alexy reconoce que la mayoría de teorías metaéticas no resultan compatibles con la teoría del discurso racional, por ende debe primar para los enunciados normativos o lenguajes normativos un razonamiento dispositivo que sea descriptivo pero alejado de cualquier vestigio de falacia naturalista ¿Cómo predeterminar y describir que algo es ‘bueno’ o ‘debido’? (Alexy, 2016, p. 65 ss). Para Maccormick en cambio se sostiene la idea de coherencia normativa y los principios para él están identificados como premisas normativas últimas cuya característica es que no son razonadas ni son producto de razonamiento lógico, pero no dejan de tener cierto grado de fundamento de la acción y el juicio pero sobre todo cuando “las razones que pueden darse no son de naturaleza concluyente ni tampoco son igualmente convincentes para todos”. (MacCormick, 2018, p. 33).

Evidentemente encontramos poco o nada racionalmente que signifique una clara distinción entre los preceptos norma y principio, dado que también

³⁸ Ver (Pacori, 2019, p. 74,75)

refiere –volviendo con Alexy- que el “grado de cumplimiento requerido depende tanto de las posibilidades fácticas como de las posibilidades jurídicas”. Ello aumenta la incertidumbre pues debería lógicamente gestionarse la dimensión o dimensiones que requiere ese grado de cumplimiento. Es conocido –por otra parte- que Alexy pretende resolver ello con un ejercicio ideal que denomina ponderación con base en sopesar - que es exactamente a lo que se limita su fórmula del peso³⁹ – qué principio merece instalarse como norma, surgiendo o emergiendo una dicotomía o juego de suma cero.⁴⁰ En ese contexto se viene presentando en la región afectaciones a las estructuras del derecho administrativo donde la introducción de la propuesta alexiana ocasiona disgresiones preocupantes. Por ejemplo en Colombia el profesor Marín Hernández habla de una mutación cardinal en su sistema normativo administrativo con la inclusión del modelo de Estado Social intervencionista de derecho y ciertos enunciados estructurados identificados como mandatos de optimización, que obliga al “cambio en la programación que el ordenamiento jurídico realiza de la actividad de la Administración pública, de una programación o vinculación “positiva” –sustentada en reglas- a una “negativa” – apoyada en principios-.” El problema es que el autor describe adecuadamente la esencia de la intervención pero, creemos, erróneamente asume a ese modelo “como factible o fiable en su capacidad de elaborar y adoptar decisiones verdaderamente creadoras, aptas para hacer frente a los vertiginosos cambios sociales difícilmente abordables desde la lentitud del proceso legislativo y que debe resolver -mediante proporcionalidad- las inevitables colisiones entre bienes jurídicos, principios, derechos e intereses consustanciales a las sociedades pluralistas...” (Marín Hernández, 2018, pp. 19-26). El autor olvida

³⁹ Ver (Alexy, 2019, p. 79 ss)

⁴⁰ Nota: Al respecto García Amado resume la crítica contra la teoría alexiana ante Manuel Atienza – cuando señala que: siempre que se acude a la ponderación de un principio contra una regla y su principio es para que pierda la regla y además “nunca se pondera para perder. Jamás veremos o leeremos entre líneas, en los ‘ponderativos’, una expresión así: la solución que a mí me parece más justa y aceptable es la solución S, pero después de ponderar he comprobado que pesa más (el principio que lleva a) la solución S’.(Atienza & García Amado, 2016, p. 76)

que las sociedades pluralistas – que eventualmente asume – caracterizan a las sociedades occidentales contemporáneas, en realidad tienen coherencia orgánica con los bloques que asumen el sistema abierto de la Common Law, en la que los países de nuestra región no se encuentran involucrados por tratarse casualmente de un modelo político de gobierno que ha demostrado que no puede avanzar axiológicamente más allá del primer nivel de la ley, muy diferente al sentido del segundo nivel que adopta la common law por medio no solo de fórmulas normativas sino de producción jurisprudencial. Es por ese motivo que el control difuso a nivel administrativo en países como Perú y Colombia resulta no solo difuso sino absolutamente ambiguo.

Contrario sensu uno de los trabajos más intensos y serios para lograr un entendimiento de la teoría del derecho desde una perspectiva axiológico-deontica lo encontramos en el extenso *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli quien pretende establecer un marco principialista pero mediante el planteamiento programático de proposiciones o enunciados lógicos con poco o relativo éxito, dado que se le critica la excesiva complejidad de sus enunciados como barrera a la naturaleza de acceso popular del derecho moderno, críticas de orden ideológico tal vez, pues, si bien nadie puede estar en desacuerdo en que se produce una relación fenomenológica ambivalente entre el derecho y ciertos valores como la solidaridad, en el acotado plano axiológico la solidaridad por ejemplo no es exigible jurídicamente. Sin embargo en lo que atañe a nuestra situación problemática y a la hipótesis planteada en tanto la regla contenida en la LGA deónticamente se debe tener claro que “las reglas o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o

estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus”⁴¹.

Sentencia también Ferrajoli en lo extenso de su pensamiento que el derecho no puede imponer actitudes morales o sentimientos políticos⁴².

Por último quiero referirme a un principio construido en la doctrina como es el Principio de Proscripción de la Arbitrariedad que detenta partes de orden constitucional como el contenido en el artículo 146 inc.1 constitucional peruano que sobre los jueces prescribe que se encuentran sometidos solamente a la Constitución y a la ley, pero coincidimos con autores como el profesor Castillo Alva⁴³ en la línea de Zipelius, Legaz, Lacambra y Diego Valadés cuando convienen en que dicha obligación recae “por extensión” a toda la actividad estatal . Así las cosas en nuestro trabajo se encuentran relacionados varios principios constitucionales que van desde el de Legitimidad, el sub principio de Tipicidad, el de Facilitación de comercio, el principio de proscripción de la Arbitrariedad, entre otros por lo que afrontamos y requerimos superar aquí esa visión difusa sostenida por Guastini por la cual “una ley parece conforme a la constitución si es comparada con determinado principio constitucional, mientras que parece ser inconstitucional si es comparada con un principio diferente”(Guastini, 2018, p. 240).Siendo así entonces, como dice Santofimio, el ordenamiento jurídico es uno solo en el que a la vez confluyen multiplicidad de subsistemas que de manera armónica le dan forma y contexto para el cumplimiento de sus finalidades, adquiriendo fuerza

⁴¹ Ver sobre las reglas como postulado séptimo en la siguiente secuencia : $P7 (r)(x) (REGrx \rightarrow ((MODrx \vee ASPrx \vee ASP \perp x \vee STA rx \vee (\exists y)(REGry.(MODyx \vee ASPyx \vee ASPy \perp x \vee STA yx)))) \exists$ (Ferrajoli, 2016, p. 96)

⁴² Ver (Ferrajoli, 2011, p. 64 ss)

⁴³Nota: Castillo Alva esgrime válidamente que “en un Estado de Derecho no solo los jueces deben sujetar su actuación a la Constitución y la ley, sino también todos los poderes públicos y todos los funcionarios que componen su estructura. No es que los jueces deban vincularse a la ley y al derecho, y los demás funcionarios públicos puedan hacer lo que les plazca o tienen una autorización expresa para imponer su voluntad y poder sin límites. Ver en (Castillo Alva, 2013, pp. 19-21).

por efectos de la convencionalidad noción ésta (entendida “esencialmente como una estructura sustancial y material de derecho, nutrida de principios, valores, reglas y normatividad imperativa y preponderante...”) lo que le da sustancia y potencialidad de afirmar el “jus cogens” que hace surtir efecto erga omnes obligaciones internacionalmente adquiridas sean éstas positivizadas o no, tal como los imperantes principios de Proscripción de arbitrariedad, el de Facilitación de comercio y el de Legalidad involucrados en nuestra tesis (Santofimio G., 2017, p. 183).

En el decurso argumentativo de nuestra investigación fue necesario también echar de mano elementos de principios relativos a infracciones aduaneras como el complejo anotado por Pedro Mojica constituidos por: a) principio de legalidad, b) prohibición de la analogía para la imposición de sanciones, c) la duda favorece al sancionable, d) la responsabilidad exigida es la que fije la ley. Pero además en menor grado : e) en infracciones aduaneras la solidaridad solo opera en los términos de la ley, f) la aplicación de la sanción requiere un procedimiento sancionatorio previo, g) principio de favorabilidad, h) principio de prohibición de doble sanción y i) principio de proporcionalidad (Mojica, 2019, p. 779 ss).

2.3 ¿Cómo entender la dimensión constitucional del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador?

La teoría del Estado requiere la administración del poder en forma legal y legítima, ello irradia a toda la institucionalidad de un gobierno. Un tratadista innovador como André Hauriou quien propugnaba el balance constitucional nada menos que entre poder y libertad, conceptualiza a la administración pública como un fenómeno de poder de modo que el medio es lo fundamental y los fines un aspecto secundario, por ello se deben tener en cuenta, en atención al servicio público, no solo el contexto histórico de los actos de gestión y poder sino además tener claro que se sustenta en el poder y su ejercicio

incondicionado, pero, que deben atender criterios normativos, entendidos como aquellas concepciones caracterizadas por conceptualizar la administración y el derecho administrativo por medios formalistas y positivos, donde el punto central está constituido por un sistema normativo ajeno a criterios subjetivos, éticos o políticos (Santofimio G., 2017, p. 95 ss). Sobre esa base analizamos a continuación los preceptos involucrados en la tesis central del presente trabajo.

Sobre principios y normas, desde esa inveterada relación afirmamos la relevancia del enfoque positivista o pospositivista del derecho en este caso, de orden sancionador, por el cual –como decía Miguel Reale en un enfoque objetivista del derecho – resulta menester determinar y prever la tipicidad de los comportamientos posibles mediante la configuración de “tipos de acciones” y de correspondientes “tipos de normas”, es decir, de modelos jurídico prescriptivos y modelos teóricos o dogmáticos, en una unidad coherente y concreta del macromodelo del ordenamiento jurídico (Reale, 1997, p. 93).

En esta parte se hace necesario enmarcar un poco más la base de la discusión epistemológica que traemos a colación de manera breve. Entonces señalaremos que, por ejemplo, el profesor Jerzy Wróblewski traduce la discusión que se presenta entre principios básicamente en una división elemental: los principios sistémicos y los principios extra sistémicos al derecho, siendo los primeros entendidos como reglas, en tanto que los segundos son mejor entendidos como postulados. En el caso del principio de tipicidad es evidente que adquiere validez al ser configurado en el primero de los bloques (de los principios regla)⁴⁴. Así las cosas el principio de tipicidad en materia de derecho administrativo sancionador no lo encontramos de forma taxativa en un articulado de la Constitución Política del Estado, sino que se desprende desde el principio de legalidad desglosado como un precepto *especial* de orden

⁴⁴ Ver (Wróblewski, 2013, p. 207 ss)

abierto constitucional. Veamos: Gonzales Bianchi es uno de los que pone sobre el tapete de discusión que: “...En particular, en el derecho sancionatorio tributario se ha recurrido a la teoría general del derecho penal y no existirían, en nuestro concepto, obstáculos para obrar en la misma forma en el derecho sancionatorio aduanero. Esta labor debe realizarse con los debidos matices y adaptaciones que sean conformes con el particularismo del derecho aduanero...”⁴⁵. Se colige por ende que la naturaleza de ese “particularismo” es la que se debe de construir con el más amplio sentido praxeológico considerando la gama de informaciones –en mucho de orden internacional- que alimentan la destinación aduanera. Entonces el *Ius puniendi* es primero... tal cual. Dicha potestad es inherente al Estado y se aplica con limitaciones tanto por jueces como por autoridades de otro orden administrativo siempre en el marco de elemental garantía al ciudadano que exige la propia ley. Ahora bien, ¿el principio de tipicidad entonces es un *principia essendi*, (*de carácter ontológico*) o se encuentra en el campo de los *principia cognoscendi*? Creemos que se encuentra en el segundo tramo por ser reglas intrasistémicas de razonamiento lógico interno respecto de la teoría del delito.

De primera intención la respuesta a esta cuestión se basa en la necesidad de realizar una interpretación elemental del sustento epistémico del término “tipo” en tres niveles:

- a. Nivel ontológico.- Nuestro ordenamiento sigue el modelo español. El elemento Tipicidad entonces se encuentra implícito en la Constitución Política del Perú que tiene al principio de legalidad como derecho fundamental prescrito en el artículo 2 numeral 24. literal d. como un régimen jurídico peculiar, que es parte de un complejo y necesario juicio de adecuación denominado en la doctrina específicamente juicio de

⁴⁵ Ver (González Bianchi, 2019, p. 110)

tipicidad, válido tanto –y en el mismo nivel- para el derecho punitivo penal como para el derecho administrativo, es decir, se ductibiliza dicho derecho fundamental para servir como *garantía jurídica*⁴⁶ de seguridad y libertad del ciudadano. Sin embargo modelos como el colombiano consagran constitucionalmente expresamente al principio de tipicidad por ser parte del principio de legalidad.⁴⁷ Por lo demás, según el Tribunal Constitucional, el numeral 4 del artículo 248 del Texto único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019 JUS, regula el sub principio de tipicidad para el ejercicio de la potestad sancionadora, estableciendo que “las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas previstas legalmente.”⁴⁸

En su ensayo “*Panorama del derecho administrativo sancionador en España*” Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, Alarcón Sotomayor y Bueno Armijo recogen al respecto que para delimitar el ámbito material del concepto de sanción administrativa, como régimen jurídico peculiar, es presupuesto necesario incluir sólo aquellas decisiones administrativas que se asemejan a las penas. En ese sentido, puede hablarse de un concepto estricto de sanción administrativa (Rebollo Puig et al., 2005, p. 23 ss). Un concepto amplio al respecto es inútil o peligroso pues no serviría para delimitar el ámbito peculiar inspirado en el derecho penal.⁴⁹

⁴⁶ A estas alturas se desprende que entre las funciones básicas del tipo, indudablemente la función garantizadora y la función dogmática prevalecen sobre otras como la fundamentadora y la función sistemática. (Jiménez Martínez, 2019, p. 145 ss)

⁴⁷ Ver sentencia C-099/03 de la Corte Constitucional de Colombia del 11 de febrero del año 2003.

⁴⁸ Ver *in extenso* la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00020-2015-PI y en concreto lo referido a la necesidad de sustento en materia sancionadora administrativa en los parámetros de reserva de Ley.

⁴⁹ Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(1):23-74, enero-junio de 2005.

La Constitución peruana reza, entonces: “...*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.*” Así las cosas tenemos entonces que el texto constitucional por lo menos expresa univocidad no solo respecto del principio de legalidad penal y del sub principio de tipicidad, sino, además, de un sub principio: el de taxatividad normativa, por el cual se requiere que la norma que describe la conducta punible “cumpla con los estándares mínimos de precisión”.⁵⁰

- b. Nivel teleológico.- El elemento tipicidad arraiga raíces en la dogmática penal por ende se trata de un castigo con evidente contenido sancionatorio, pero que en la condición especial del derecho administrativo existe como contención lógica la proscripción de imprimir dolor al agente.⁵¹

- c. Nivel axiológico.- La tipicidad, siguiendo la línea de pensamiento del profesor Hurtado Pozo, se sostiene valorativamente en los márgenes que propone de una parte la *ratio essendi* y de otro la *ratio cognoscendi*. Por la primera –evocando la posición de Von Beling– el tipo no tiene conexión con la conducta y menos con la antijuridicidad. Por la segunda “la tipicidad es fundamento real y de validez de la antijuridicidad”, es decir, van de la mano. En nuestro caso comulgamos con ésta última versión.

⁵⁰ Ver STC 020-2015 PI, en el fundamento 41.

⁵¹ Esto último es característica propia del derecho punitivo penal. Así entonces como bien aporta Alpaca, es necesario anotar como postulado válido la existencia sine qua non de una identidad sustantiva entre la infracción penal y la infracción administrativa por la cual “se encuentra la idea unánimemente admitida consistente en la imposibilidad de acumulación de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos” (Alpaca Pérez, 2015, p. 115). Además se atiende esta concepción en normas como el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles.

El juicio de tipicidad entonces, recapitulando, integra el juicio de adecuación del hecho al tipo bajo la égida del sub principio de taxatividad, pero además es necesario que concurren tres presupuestos básicos: a) Reserva de la ley, con la única excepción de que por mandato de la propia ley se habilite a la administración estadual la posibilidad de tipificar a través de normas reglamentarias⁵²; b) Exigencia de exhaustividad suficiente en la descripción – certeza-; y, d) Prohibición de uso de la analogía y de interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos. Legalidad y tipicidad devienen entonces en efecto y garantía de un sistema normativo democrático que va en contra de intentos de distorsión pues, como señala Diego Yanten “el presupuesto orgánico de formación de normas, da al traste con la validez normativa de toda disposición que encontraba su justificación en el dictado de una autoridad competente y no, como se pretende ahora, en un discurso *in consensu* de sujetos jurídicos que debaten sobre su propia vinculación sistémica desde una perspectiva intramundana”(Yanten Cabrera, 2018, p. 133 ss).

Concluyendo diremos, tal como pautea Vitto Velluzzi, que lo que se produce en el tratamiento de nuestro problema de investigación o investigativo entonces corresponde a una negación de la legalidad iuspositivista, subrayo, legalidad proscrita expresamente para efectos del derecho administrativo aunque quizás propio para decisiones judiciales donde aparezca la necesidad de interpretar cláusulas generales, marcada por la discrecionalidad distinta y mayor de la ordinaria (Velluzzi, 2017, p. 22). En tal sentido se requiere al menos “parametrizar” la noción de sanción administrativa con un sentido de orden legal y jurídico acorde a la institucionalidad aduanera históricamente de naturaleza convencional pues para interpretar la norma aduanera –dice también Pardo Carrero- “debe observar ciertos principios constitucionales, tales como el principio de legalidad, en virtud del cual en materias como esta no existe una

⁵² Tal es el caso de las Leyes orgánicas; con su carácter lejano y opuesto con la entelequia del “mandato de optimización”.

obligación, ni por supuesto, una infracción ni una sanción, mientras que la ley o norma jurídica competente no la establezca”(Pardo Carrero, 2019, p. 227).

2.3.1. El derecho administrativo y el Derecho administrativo sancionador en materia aduanal

El derecho, según Hayek, no tiene una finalidad racional sino es en función de estar al servicio de innumerables fines distintos de individuos diferentes pero sí proporciona el medio para que puedan prosperar muchos fines diferentes que nadie conoce en su conjunto. ”Por tanto en el sentido ordinario del término, la finalidad del derecho no es ser un medio para todo fin, sino sólo una condición para que la mayor parte de los fines individuales puedan ser ejercidos con eficacia” (Hayek, 2016, p. 143,144). Entonces para nosotros y para gran parte de la doctrina la piedra fundamental del derecho administrativo es el servicio público. En este punto es importante reflexionar si la problemática planteada sobre la relación entre el derecho en su concepción hayekeana, el derecho administrativo y el derecho administrativo sancionador permitirá seguidamente identificar si es pertinente ubicar la sanción relativa al importador y a los almacenes aduaneros cuando se efectúe, eventualmente, el retiro de mercancías del Punto de llegada sin autorización de levante, por lo que los siguientes apuntes estarán entendidos en dicho extremo.

2.3.1.1. El derecho administrativo como fuente

La política es la expresión del poder y el derecho es la expresión de la política. En este caso podemos asumir que el derecho administrativo se produce desde esa fuente de poder que es la política en función de sus efectos en la sociedad, y, por otro lado, hay que remarcar que la principal consecuencia del entendimiento del derecho administrativo como un subsistema

del ordenamiento jurídico es su sometimiento al derecho⁵³. En el Perú tal como en otros países, conforme recogen Viacava y Pierre Delvolvé, y que hay que mencionar con señal de alerta,⁵⁴ “el desarrollo de las normas constitucionales en el Derecho Administrativo se muestra como un aspecto del desarrollo de la constitucionalización del Derecho en su conjunto, bajo efecto del constitucionalismo, marcado tanto por el aumento en el número y en el campo de aplicación de las normas constitucionales como por el refuerzo de la justicia constitucional” (Viacava Paredes, 2019, p. 52). Lo que hay que evitar es la aparente incoherencia de las normas jurídicas en el servicio público, al respecto MacCornick afirmaba que un conjunto de normas jurídicas puede a veces parecer incoherente pero “la coherencia de las normas (consideradas como algún tipo de conjunto) es una cuestión de que “tengan sentido” al ser relacionadas racionalmente como conjunto, instrumental o intrínsecamente, con la realización de algún valor o algunos valores comunes. Esto también puede expresarse como una cuestión de cumplimiento de algún principio o algunos principios comunes articulados de manera más o menos clara”⁵⁵.

En todo caso el controversial Joaquín Costa rescata en referencia al término *derecho* desde su enfoque etimológico - con sus muchas raíces - como resabio de la familia nómada Arya y expresión de relación exterior o social en función al del término

⁵³ Ver (Santofimio G., 2017, p. 151)

⁵⁴ El material de Devolvé, referido por Gloria Viacava se puede encontrar en: Devolvé, P. (2014). La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho administrativo. En A. Montaña Plata, & A. Ospina Garzón, la constitucionalización del Derecho administrativo- XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Pág. 697. Universidad Externado de Colombia.

⁵⁵ Ver (MacCormick et al., 2016, p. 326)

gobierno pero como capacidad de guiar el ganado, una familia o una tribu yendo adelante, siendo el primero. En islandés, además dice Costa, es idéntica la raíz de redil y de derecho. "...Del mismo modo que en breton o armoricano, una misma raíz denota la idea de enfrente, todo derecho, y ley o costumbre jurídica..."⁵⁶ Por su lado H.L. Hart agrega como concepto de derecho pragmático una noción más que una elaboración semántica y que se encuentra referida a guiar la conducta mediante reglas; enuncia al respecto la interrogante siguiente: "¿Cuál es, pues, la diferencia crucial entre la mera conducta convergente habitual en un grupo, y la existencia de una regla, de la que a menudo son signo las palabras "tener que" y "deber"? para derivar en el intento de entender cómo operan los imperativos como normas jurídicas, mandatos y ordenes, dentro de un sistema, nada más. Entonces para Hart –a quien volveremos más adelante- la estructura resultado de la combinación de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que da como resultado la médula de un sistema jurídico que enfila como herramienta poderosa para el análisis de aspectos que han desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política (Hart & Carrió, 2007, p. 121 ss). A su vez y en esa línea el derecho administrativo, entendido con un contenido de órdenes coercitivas o mandatos, otorga funcionalidad a esa manifestación jurígena alejada cada vez más de la política, logra así expresarse de diversas maneras siendo una de ellos el factor *sanción*. De modo que, tal como afirma Ghersi⁵⁷, tenemos que en esencia el

⁵⁶ Ver (Costa, 2000, p. 11,12).

⁵⁷ Nota: Además Ghersi anota al respecto que el derecho es solamente estructura y que por ello requiere contenido. Ver Ghersi, E. (2016, 24 mayo). ¿Lógico o praxeológico? | Enrique Ghersi-Santillan,S. [Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=r4CjYj8oaHg&t=2044s>

derecho no tiene ni puede contar *per se* con una razón fundante en sí misma, ni siquiera una lógica interna, ni se representa como sistema⁵⁸, sino que nace de la cooperación humana y que para funcionar no tiene autonomía teleológica sino que requiere un objeto de tutela jurídica o bien jurídico sustancial - por ejemplo ello sí se contiene en la convencionalidad, en la contratación inter pares o, como en nuestro caso, en la administración pública, etc. - en búsqueda permanente de lograr una connotación trascendente, como vendrían a ser la correcta administración pública, el correcto funcionamiento del aparato estatal. Cervantes Anaya, con intención o no, lanza en esa línea ideal un potente cuestionamiento en tanto refiere que el derecho administrativo no es ciencia - que ciencia en todo caso es la ciencia de la administración - ergo, si éste simplemente se ocupa de una mera interpretación de las leyes y por ello estudia los principios jurídicos que determinan la sanción de la misma, nada más pero a la vez nada menos⁵⁹.

También sobre el derecho, Miguel Polaino, en lo que entiendo otra vez como una aproximación praxeológica, dice que se trata de un bien que no es un bien cualquiera sino aquel, que para ser acreedor de una valoración jurídica de signo positivo, debe ser susceptible de reportar utilidad a la persona o a la coexistencia en sociedad⁶⁰. La ley es entonces la principal *fuerza*

⁵⁸ Sobre el concepto de sistema del ordenamiento jurídico expone Santofimio, atendiendo la necesidad previa de que exista un caso concreto para su impulso, al afirmar que: "...implica un actuar conjunto coordinado y articulado de todos los elementos (principios valores y reglas) de manera tal que frente a un caso concreto confluyen desde diferentes niveles, sustentando su legalidad y la solución adecuada en el proceso interpretativo y de aplicación del derecho (Santofimio G., 2017, p. 181).

⁵⁹ Ver en (Cervantes Anaya, 2013, p. 65)

⁶⁰ Ver en (Polaino Navarrete, 2008, p. 37)

del derecho administrativo (¿Qué derecho no es administrativo?), pero no hay que olvidar a los contratos como fuente de derecho; tampoco a la costumbre tradicionalmente aceptada, siempre y cuando provoque efectos jurídicos, valga el pleonasma. Alf Ross nos trataba de explicar mediante una epistemología trascendental la lógica de las normas para lograr un derrotero en la interpretación lógica por parte del juez o funcionario que emitirá una decisión; por ello llega a la conclusión de que solo las expresiones (utterances) tales como aserciones y enunciados declarativos pueden ser verdaderas o falsas “ y que sólo ellas pueden, por consiguiente, ser discutidas por la lógica”, de modo tal que también se encuentra comprometida la concepción del derecho como producto lógico. Martino condensa adecuadamente ello cuando expone : “Si la implicación lógica tiene lugar entre enunciados verdaderos o falsos y los directivos no tienen valor de verdad habrá que concluir que una lógica de normas no es posible (Martino, 2010, p. 80) . Así por ejemplo el apotegma “una ley solo se puede modificar o derogar por otra ley” o la presunción *de jure* por la cual, por ejemplo, se reputa padre del nacido vivo al cónyuge, o como en el caso del derecho administrativo por el cual éste se ocupa de la organización formal de la administración pública, implican una producción, que si bien jurídica, es ajena a la lógica pues las tres aseveraciones no son ni verdaderas ni falsas, son convenciones. Por su parte, Máximo Carvajal Contreras sobre las fuentes del derecho nos recuerda la aproximación metafóricamente hidráulica como noción por parte de autores como Claude Du Pasquier aparentemente – por historia-necesarias para “encontrar de dónde emana el derecho, es donde tratadistas y estudiosos han elaborado múltiples doctrinas y tesis, sin haberse llegado a poner de acuerdo sobre el origen del

derecho.”(Carvajal Contreras, 2009, p. 24). Ahora bien, retornando a lo administrativo, creo necesario referirnos a la teoría general del Estado para entender el contexto, y lo haremos según la óptima sociológica de Robert K. Merton considerándolo como “...una estructura social formal, racionalmente organizada, implica normas de actividad definidas con claridad en las que, idealmente, cada serie de acciones está funcionalmente relacionada con los propósitos de la organización”(Merton, 2013, p. 275) . Esto dicta el derrotero de los directivos, funcionarios y empleados para los que entonces el aparato estatal tiene, ahora según Weber, funciones o principios específicos como el de las atribuciones oficiales fijas, ordenadas mediante reglas, leyes o disposiciones del reglamento administrativo (Weber, 2016, p. 1150).

En similar línea también encontramos a Santofimio Gamboa cuando afirma que la validez o legalidad en la generación del derecho administrativo se ofrece en un plano de sujeción a niveles de principio valores y reglas a cuya cabeza se ubica la Constitución Política entronizada en el contexto de la convencionalidad, enfatizando que “...solo de esa perspectiva se puede entender la generación del derecho en el ordenamiento jurídico como sistema, y concretamente del derecho administrativo, en contraposición con el concepto tradicional de fuentes del derecho”⁶¹. En todo caso a efectos prácticos nos quedamos con la definición de Monacelli que reconoce como fuentes de derecho a los modos como se establecen o se crean las

⁶¹ Ver en (Santofimio G., 2017, p. 181)

reglas jurídicas: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina⁶².

2.3.1.2. El derecho administrativo sancionador (DAS)

La sanción punitiva en materia administrativa se fundamenta en las teorías correccionalistas, quedando para el derecho penal además las teorías vindicativas, expiacionistas, retribucionistas o resocializadoras. La norma punitiva no es neutra, implica coerción y coacción. Al respecto José Ingenieros allá por la primera década del siglo XX anotaba que a diferencia del derecho civil potenciando permanentemente sus bases clásicas como fundamentos naturales para toda restauración jurídica, las bases del derecho penal caen de tiempo en tiempo, como la parte ornamental de los edificios que se restauran conservando los cimientos (Ingenieros, 213d. C., pp. 13 y 14). Entonces la ilusión de la noción de neutralidad es a lo que el maestro Luigi Ferrajoli se refería al proponer que las ciencias sociales y jurídicas cuyo objeto incluye normas y valores no son meramente asertivas (eso era propio en gran medida al antiguo enfoque positivista webereano, kelseneano inclusive bobbiano) sino que hace tiempo dejaron de ser neutrales. Al respecto la discusión está abierta, sin embargo lo que no cabe mayor duda es que se debe proscribir la arbitrariedad en base a “tener al derecho

⁶² Ver en (Monacelli, 1961, p. 15)

como técnica de limitación del poder”⁶³, lo cual es perfectamente aplicable al DAS⁶⁴.

El maestro español Alejandro Nieto considera que el Derecho administrativo sancionador, a diferencia del viejo derecho penal administrativo; “... es en primer término Derecho administrativo, sobre el que lo de *Sancionador* impone una mera modalización adicional o adjetiva...”. Añade además que el plus del efecto *sancionador* significa que este derecho está invadido, coloreado, por el derecho penal sin dejar de ser Administrativo, situación para él inútil o inoficiosa dado que tiene suficiencia autonómica respecto del derecho penal. La alegoría del español culmina graciosamente afirmando que la influencia del derecho penal ha madurado por más de dos centurias y que el Derecho administrativo sancionador “...no ha querido renunciar a su nacionalidad de origen (el Derecho Administrativo), pero como desconfía de él y de su autoritarismo tradicional, no ha buscado aquí por sí mismo los mecanismos de la protección y garantías de los interesados y ha preferido *tomarlas de préstamo* del Derecho penal, que tiene una mayor experiencia a tal propósito” (Nieto, 2005, p. 177 ss) .

Podemos definir al DAS como el conjunto de normas y principios que sirven para regular y sancionar la conducta del funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones jurídicas relativas a la potestad sancionadora del Estado expresamente

⁶³ Scott J. Shapiro inclusive habla del derecho en su morfología reglamentaria como producto de una invención tecnológica revolucionaria para la regulación de las relaciones sociales y que sirve como” herramienta de valor incalculable para el control de las comunidades. Ver en (Shapiro, 2014, p. 67)

⁶⁴ Ver en (Ferrajoli, s. f., p. 109 ss)

conferidas, respetando y anteponiendo el principio de legalidad en su actuación pues de allí nace su autoridad, conociendo y haciendo conocer el imperio de la ley. Ciertamente es que la presunción *jure et de jure* del conocimiento de la ley se atribuye al ciudadano y cómo no también por extensión al funcionario público. Pero no es menor recordar la posición singular de Joaquín Costa quien considera ello como un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia basado en dos aforismos de origen romanista o clerical como vienen a ser: 1° A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*). 2° En consecuencia se presume que todo el mundo las conoce aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Se trata todo de una falsedad, una ficción (Costa y Martínez, 2017, p. 11 ss). Aunque a estas alturas discutir esto puede entenderse en un sentido relativo dado que el ciudadano común se siente en un ambiente propicio a aceptar hechos consumados si cabe el término, pero en el caso de los OEAs como destinatarios del sistema sancionatorio administrativo es de vital relevancia pues los intereses económicos legítimos se encausan en reglas claras para no incurrir en errores o, si se quiere, infracciones, o, como dice Shavell cuando habla teleológicamente del error diciendo: “una persona puede cometer un acto que cree que es inocuo, pero que en realidad causa un daño.”⁶⁵

Por último, a modo de ilustración verbigracia observamos en el derecho administrativo sancionatorio uruguayo -gracias a un

⁶⁵ Ver por ejemplo: (Shavell, 2017, p. 628)

importante *paper* elaborado por Natalia Veloso, incluso en la misma orientación de pensamiento de Bacigalupo⁶⁶ - respecto del tratamiento del principio de tipicidad por parte de su Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fluye que también supone imperio de *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*. Pero además debe consagrarse la garantía de seguridad jurídica que se debe otorgar al operador o administrado. Veloso va un poco más allá y se atreve a también a considerar a la tipicidad como principio general del Derecho - comulgando con el derrotero que marcara el profesor Del Piazzo- enfatizando sin ambages que: “... en tanto principio general del Derecho, cumplirá con la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración”. Entonces, lo más importante en referencia a una problemática como la que pretende superar nuestra tesis aduanal, invocando esta vez a Carlos Balbín, es que el precepto legal de la Tipicidad debe contener necesariamente *el desarrollo del núcleo sancionador o sancionatorio contenido en la norma, cuando puede ser aplicado por si mismo*⁶⁷.

2.3.1.3. El derecho administrativo sancionador (DAS) en materia aduanera

⁶⁶ Enrique Bacigalupo realiza una interesante relación según el destinatario de las prohibiciones que alimentan al principio de legalidad por el cual la *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de la *lex stricta*, al juez; por último –señala Bacigalupo- la *lex certa* tiene como destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente al juez. (Bacigalupo, 1999, p. 45)

⁶⁷ Ver en (Veloso Giribaldi, 2019, p. 69 ss)

En principio el derecho administrativo sancionador se encuentra reflejado en el procedimiento administrativo sancionador. Además, como dice Prieto Sanchis, es el soberano la autoridad normativa que produce el mandato, y, donde se halla el criterio fundamental de la juridicidad de las normas, tal el caso de la juridicidad en materia aduanal.⁶⁸ De fondo entonces el principio de legalidad que para efectos aduaneros se encuentra a su vez soportado en la Ley General de Aduanas y sus normas reglamentarias, en el marco de su Potestad de fiscalización aduanera. En este sentido compartimos posiciones en la doctrina como las del profesor Juan Carlos Castro Loria respecto de que dicha potestad debe enmarcarse como garantía – en este caso a los operadores aduaneros - buscando compensar las prerrogativas jurídicas y fácticas de la administración lo mismo que los privilegios de la autotutela y de la ejecutoriedad de los actos administrativos como de las sanciones siempre en el marco del respeto al Derecho y a los derechos fundamentales⁶⁹.

Por último no debe olvidarse que –tal como nos informa el profesor Basaldúa, quien entre otras cosas reclama por ejemplo una jurisdicción especializada- dentro de la autonomía de la materia jurídica aduanera no debe confundirse aquella con la relación jurídica tributaria dado que siguen por canales diferentes entendida ésta última como especie de la primera, sin embargo en el Perú esa diferencia no queda clara probablemente por efecto del proceso de fusión institucional tantas veces criticado básicamente porque viene primando los criterios de orden

⁶⁸ Ver en Apuntes de teoría del Derecho (Prieto Sanchís, 2016a, p. 59)

⁶⁹ Ver en (Castro Loria, 2006, p. X y XI)

tributario por sobre los aduaneros, más ligados los últimos a la facilitación de comercio.⁷⁰

2.3.2. Derrotero del tratamiento legal sancionatorio aduanal y su incidencia problemática en nuestra tesis.-

Antes bien, teniendo en cuenta la impecable perspectiva de Jürgen Habermas ,aquel que sostiene que el programa de intervencionismo estatal sufre de “crisis de racionalidad”⁷¹ y es quien identifica que sólo en el mundo moderno puede la dominación política desarrollarse en las formas del derecho positivo y convertirse en lo que Max Weber llamó dominación legal-racional⁷², la forma en que el poder se manifiesta es en función a la institucionalización estatal del derecho, y éste a su vez tiene la función de estabilización de expectativas de comportamiento y por último opera como medio de organización de la dominación política, sobre esa categoría resuelve la autoridad (Habermas, 2008, p. 211). (Ver cuadro)⁷³

⁷⁰ Ver apunte en (Ibáñez Marsilla et al., 2019, p. 87). Y respecto del proceso de fusión por absorción entre SUNAD con SUNAT, ésta se produjo con la dación del D.S. 061-2002 PCM el 12 de julio del año 2002 en el gobierno del ex presidente Alejandro Toledo.

⁷¹ Ver apunte en (Bourdieu & Teubner, 2000, p. 123 ss)

⁷² Max Weber sobre la legitimidad decía que “...toda dominación se manifiesta y funciona en forma de administración. Toda administración necesita del dominio en alguna forma, pues para su desempeño se deben siempre colocar en manos de alguien poderes imperativos.” Del mismo modo que la “validez” de un poder de mando puede expresarse en un sistema de reglas racionales. Ver en (Weber, 2016, p. 1078)

⁷³ Fuente: Elaborado por Jürgen Habermas en : *Redondo, M. J. (1998). Facticidad y validez. Trotta, pp.211*

Funciones: Código:	Función propia	Función del uno para el otro
Poder	realización de fines colectivos	institucionalización estatal del derecho
Derecho	estabilización de expectativas de comportamiento	medio de organización de la dominación política

Figura N° 2. La conexión funcional del código Derecho y el código Poder
Fuente: Moreso y Villajosana (2004)

En segundo lugar citaremos a Moreso y Vilajosana en la definición de lo que legalmente entenderemos como noción válida de sanción, debiendo ésta consistir en un acto coactivo ejercido por la autoridad competente a través de una norma de competencia del sistema jurídico de que se trate siempre y cuando el acto coactivo se imponga como consecuencia de una conducta, aunque no sea necesariamente la conducta del sancionado (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 132 ss). Ergo, hemos de explicar que la técnica legislativa aplicada a las sanciones de los administrados en materia aduanera ha evolucionado de manera por decir lo menos de manera muy compleja, lo que significa en afectaciones directamente a las bases de sustentación del derecho aduanero y principalmente, y otra vez, de la seguridad jurídica; acto seguido se debe tener presente que en la dinámica del derecho administrativo aduanero, desde la adopción de la concepción de “aduana de segundo piso”, desde la vigencia del decreto legislativo N° 722 allá por noviembre de 1991, a la cual podemos referirnos como la Ley General de Aduanas del punto de inflexión pues, nada más ni nada menos, viene a representar institucionalmente un giro hacia la aduana desburocratizada, adoptando un sistema de orden abierto por la cual se procede a delegar formalmente funciones esenciales a los operadores sector privado como es el caso de

Agentes de aduanas, Almacenes aduaneros, Banca etc. condicionados legalmente a un régimen de control y sanciones objetivas de parte de la administración aduanera. Surge así un sistema en el cual los que tienen calidad de operadores aduaneros autorizados casi tienen *mutatis mutandis* la calidad de oficiales de cumplimiento de la normativa.

Es menester anotar un dato que puede pasar desapercibido pero que sobre el Principio de legalidad escrito está, como es la disposición modificatoria del artículo 188 de la Ley General de Aduanas que aborda una nueva redacción pues la modificada rezaba:

“Principio de legalidad.- Para que un hecho sea calificado como infracción aduanera, debe estar previsto en la forma que establecen las leyes, previamente a su realización. No procede aplicar sanciones por interpretación extensiva de la norma.”

Y ahora el Decreto legislativo 1433 lo deja en los términos siguientes:

“Principio de legalidad.- Para que un hecho sea calificado como infracción aduanera, debe estar previamente previsto como tal en una norma con rango de ley.

No procede aplicar sanciones por interpretación extensiva de la norma.”

Dejando de lado la pertinencia el pleonasma sobre que el hecho debe estar “previamente previsto” como tal en una norma con rango de ley pues la academia no deja de lado la posibilidad de que sirva para

enfatar el mensaje literario, tampoco debemos dejar de subrayar que lo praxeológicamente recomendado es alejar la literatura del derecho. Por ello la redacción final exige el requisito de tipificarse la infracción en una norma con rango de ley y no en una de menor categoría, sin embargo en la tesis que nos avoca ocurre exactamente lo contrario.

Veamos. La vigente Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N° 1053 fue promulgada el 26 de junio del año 2008, publicado en el diario oficial el 27 de junio del mismo año entrando en vigencia parcial pues en su texto prescribía que entraría en vigencia plena recién el 1 de octubre del 2010. Debemos decir que ésta mecánica puede ser aceptable en materia de derecho administrativo pero en materia aduanera la situación es diferente dado que la velocidad que adquieren las relaciones comerciales internacionales requieren una atención más proactiva pues al quedar abierto un plazo en casi dos años un aspecto normativo puede generar disgresiones. En la misma línea nos ocupa el tratamiento de la sanción administrativa en la presente tesis en la que si bien las principales disquisiciones van por el sentido de la legalidad y la tipicidad respecto de lo cual Beling nos recuerda que el derecho es la preponderancia de valores socialmente admitidos y todo aquello que resulta contrario a dichos valores es “antijurídico” y que ergo la antijuridicidad no es otra cosa que un juicio es un juicio negativo de valoración de una conducta frente a una norma, por lo que “una acción será antijurídica cuando desconoce el mandato legal” (Beling, 2002, p. 48). Recordemos que la Ley General de Aduanas contemplaba principalmente el tratamiento sancionatorio en el artículo 192 inciso c) numeral 9 por el cual se prescribía la sanción a los dueños, consignatarios y consignantes que *efectuaran el retiro de las mercancías del punto de llegada cuando no se haya concedido el levante.*

Del mismo modo observamos que se da en el caso de los despachadores de Aduana el supuesto infraccional aduanero y la base legal invocada por la Administración es el artículo 192 inciso b) numeral 14 que a la letra prescribe:

(...) 14.- Efectúen el retiro de las mercancías del punto de llegada cuando no se haya concedido el levante, se encuentren inmovilizadas por la autoridad aduanera o cuando no se haya autorizado su salida; en los casos excepcionales establecidos en el Decreto Legislativo y su Reglamento;”

En el caso de los almacenes aduaneros el supuesto infraccional aduanero y la base legal invocada por la Administración es el artículo 192 inciso f) numeral 9 que prescribe sanción cuando entreguen o dispongan de las mercancías sin que la autoridad aduanera haya concedido su levante.

Hasta aquí entonces quedan identificados los importadores, dueños, consignatarios y consignantes por un lado y despachadores de aduana además de manera tangencial a los Almacenes aduaneros dentro de los operadores de comercio exterior sujetos de eventual sanción (Operadores de Comercio y Operadores Intervinientes) como se desprende de la lectura del artículo 192 inciso f que considera infracciones sancionables con multa cuando se entreguen o dispongan de las mercancías sin que la autoridad aduanera haya concedido su levante.

El 16 de setiembre del año 2018 se publica el Decreto legislativo 1433 que modifica la LGA con el objeto de “agilizar las operaciones de comercio exterior, cautelar la seguridad de la cadena logística y adecuar la normativa aduanera a estándares internacionales”, derogándose la

estructura sancionatoria del artículo 192 –entre otros artículos- e implementando una nueva sistemática por la cual se clasifica a los operadores aduaneros⁷⁴ en tres grupos: Operadores de comercio exterior (OCE), Operadores intervinientes (OI) y Terceros (T). En el primer grupo (OCE), reza el artículo 19, se comprende como Operadores de Comercio Exterior a operadores que interesan al presente estudio al estar comprometidos con el concepto del Punto de Llegada como son las figuras del dueño, consignatario o consignante; el despachador oficial, al agente de aduanas y al *almacén aduanero*.

Los artículos 197 y 198 de la LGA -modificados por el D.Leg. 1433- formalmente entonces vienen a establecer el marco sancionatorio para el Operador de Comercio Exterior (art. 197) y para el Operador Interviniente (art.198).⁷⁵ Ese marco punitivo se introduce y “sistematiza” en una Tabla de Sanciones Aplicables a las Infracciones Previstas en la Ley General de Aduanas aprobada por decreto supremo, siendo el D.S. 418 – 2019 EF con algunas modificaciones introducidas por el D.S. 169-2020 EF pero cuya estructura disimil ciertamente incide de manera negativa en la función aduanal respecto de los operadores arriba indicados. Al respecto, es sencillo inferir que en el caso de la concreción de sanciones “rectificadas” por la Tabla de Infracciones y Sanciones, no queda duda alguna de que se produciría una afectación de la prohibición de la *reformatio in peius* en la vía administrativa sancionadora aduanera entendida ésta como técnica garantista por autores como Sanz Rubiales, con valencia para estructuras

⁷⁴ El artículo 15 del D.Leg. 1433 en observación define como operador de comercio exterior a aquella persona natural o jurídica autorizada por la administración aduanera.

⁷⁵ No trataremos por pertinencia y cuestión práctica el caso de los Terceros cuyo marco regulatorio sancionador se encuentra en el artículo 199 de la LGA.

administrativas constitucionales como la peruana o la española⁷⁶. Ver a continuación un breve mapa conceptual de la cuestión punitiva relativizada en materia de Sanciones por infracción administrativo aduanera de retiro de mercancía del punto de llegada en el Perú:

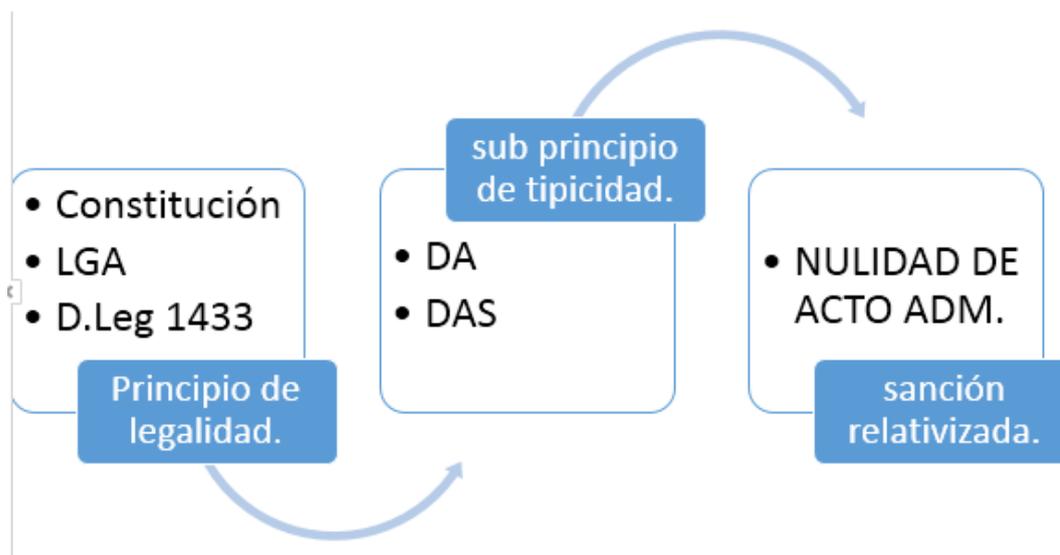


Figura N° 3. Sanciones por infracción administrativo aduanera de retiro de mercancía del punto de llegada en el Perú

Fuente: Aduanas

2.3.2.1. La función pública aduanera en el Perú.-

Para referirnos a la aduana como organización administrativa primero tomaremos el sentido deóntico de la función pública, esto es de servicio y como sentido de la administración pública, y luego rescatemos lo que dice el profesor Santofimio respecto del contenido estructural del derecho administrativo y la subjetividad de la organización administrativa que gira en base a tres elementos: a) el conjunto de normas y principios además de valores que le son propios; b) el de los sujetos o actores protagónicos, léase, el gobierno o el Estado con

⁷⁶ Ver más en el ensayo de Iñigo Sanz R. *Aportes para un Estado eficiente* en (Zegarra Valdivia et al., 2012, p. 146 ss)

los ciudadanos; y c) las relaciones jurídicas dimanantes entre esos sujetos, cada uno estructurado en cabeza de los sujetos como centro de imputación de derechos, deberes u obligaciones a la luz del derecho administrativo (Santofimio G., 2017, p. 237). A la SUNAT⁷⁷, actual Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria entonces la encontraríamos como entidad gubernamental encargada de administrar con principios, normas y reglamentos aduaneros, sin embargo la historia no es tan fácil de abordar. Veamos:

Ya nos habíamos referido a la naturaleza actual o contemporánea de la función aduanal por ejemplo cuando se habla del modelo en la concepción de una “aduanas de segundo piso” en el marco de una economía que se encuentra orientada al modelo de industrialización (MDE) de Orientación a las Exportaciones. El surgimiento de dicho modelo se apalanca a nivel mundial luego de la caída del muro de Berlín y del bloque soviético con impacto en las administraciones públicas del mundo pues podemos hacer de la idea que el combustible del modelo lo viene a constituir el Principio de facilitación de comercio que rige

⁷⁷ Recordemos que la SUNAT en siglas de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria fue creada mediante Ley N°24829 vigente desde el 9 de junio de 1988 como institución pública descentralizada avocada básicamente a la recaudación de carácter tributario. Posteriormente en 12 de julio del 2002 mediante Decreto Supremo N° 061-2002 PCM se produjo la fusión por absorción con SUNAD –a la sazón Superintendencia Nacional de Aduanas encargada desde tiempos del virreinato por mandato de Real Cédula del año 1773 del control aduanero- con la particularidad de que la jerarquía de la norma que ordenaba la fusión es de orden inferior a las normas de creación de ambas. Posteriormente por medio de la Ley 29816 “de fortalecimiento de la SUNAT (véase hasta allí se mantenía la denominación de Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y funcionalmente absorbía la función aduanal) sustituye la denominación del híbrido y en gran medida regulariza la situación anterior, designándola como Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, manteniendo las mismas siglas.

a los países miembros de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) por medio del Convenio de Kyoto (CKR)⁷⁸.

En el caso del Perú el 12 de julio del año 2002 con la dación del D.S. 061 - 2002 – EF se optó por fusionar en una sola la entidad encargada de la recaudación tributaria (SUNAT) con la entidad encargada de la gestión aduanera (SUNAD), en una situación jurídica que dicho sea no es raro ocurra en la región –tal es el caso de Brasil con la Secretaría da Receita Federal, Colombia con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria en Venezuela. Sin embargo lo ideal es que la entidad aduanera se mantenga funcionalmente separada de la de carácter netamente tributario. Lo que agrava la situación en el caso peruano estriba en haber adoptado un formato de fusión por absorción por la cual la entidad tributaria asume la titularidad básica en la gestión futura. Dicho esto ya por el año 2005 encontramos un artículo en la página web del Instituto Peruano de Economía (IPE) que recogía un informe del ex ministro de Comercio Exterior y Turismo, Alfredo Ferrero por el cual ya se afirmaba que el proceso de fusión SUNAT-SUNAD afectó la facilitación de comercio señalando primero que los resultados de la fusión en términos de recaudación no eran claros, pues básicamente se afectó la facilitación –que hasta entonces se venía dando- pero

⁷⁸ En reseña del profesor Zagal quien bien considera como norma convencional al “Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros”, también conocido como Convenio de Kyoto, da cuenta de que fue adoptado el 18 de mayo de 1973 entrando en vigor el 25 de setiembre de 1974. Nace como instrumento internacional tendiente a disminuir las divergencias existentes entre los distintos regímenes aduaneros en los países del mundo y evitar la obstaculización del comercio internacional mediante la simplificación y armonización burocrática. Reseña Zagal además que “Hacia 1995 la necesidad de actualizar las disposiciones del Convenio fue materia de revisión, lo cual derivó en lo que se conoce como Convenio de Kyoto revisado. Ver en (Zagal Pastor, 2008, p. 23)

que se conocía que el despacho era lento y complejo debido a que desde el mismo instante de la absorción “la aduana estuvo más preocupada por cobrar tributos y buscar las infracciones para poner multas y aplicar sanciones”. Ciertamente además seguía y sigue siendo exagerado el sometimiento de las mercancías al canal de control rojo cuando por un criterio gestión de riesgo aduanero universal debería ser y tendría que seguir siendo solamente el 5% de los despachos. Y, por otro lado, respecto de la valoración aduanera, acusaba Ferrero que si bien la recaudación aduanera había aumentado, no era posible conocer con certeza cuál es el efecto de la fusión en dicha recaudación. Más aun teniendo en cuenta, que el volumen de importación había aumentado”.⁷⁹ A estas alturas, quince años después podemos decir que la principal traba lo constituye el criterio fiscalizante errático, cuasi confiscatorio –en materia aduanera- en pos de recaudar tributos y someter a los operadores a sanciones administrativas.

2.3.2.2. Sanción como incentivo perverso en la administración y el riesgo para un comercio exterior legítimo.-

Una de las garantías fundamentales en materia interpretativa del principio de legalidad en materia sancionatoria, o de coacción penal, tal como Bacigalupo la denomina, es la prohibición de aplicar la analogía por parte de la autoridad competente⁸⁰. En esa línea la seguridad jurídica debe otorgarla el Estado a través de sus instituciones y funcionarios. Entonces empecemos esta parte reconociendo aquella reflexión de León

⁷⁹ Ver contenido en el link <http://ipe.org.pe/new/comentario-diario/16-8-2005/fusi%C3%B3n-sunat-sunad-afect%C3%B3-facilitaci%C3%B3n-de-comercio-se-buscan-soluciones>

⁸⁰ Ver en (Bacigalupo, 1999, p. 75)

Duguit en la línea de Hauriou por la que hay que reconocer e imprimir en la noción del servicio público relevancia esencial según la noción fundamental del Derecho público moderno por la cual los actos administrativos toman su carácter de destino a un fin de servicio público un carácter objetivo ciertamente, y respecto de los funcionarios públicos a través de esa óptica estimarlos como gerentes de negocios de la colectividad⁸¹.

Por otro lado, dice Jakobs que, “las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social- , sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción – y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran standards personales que deben ser cumplidos⁸², por ello estimo que dogmáticamente en materia del derecho aduanero, entendiendo lo aduanal como una comunidad especial, como en otras ramas del derecho en su aspecto administrativo sancionador, aplica la proposición positivista esgrimida por Dworkin por el cual “el derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad, directa o indirectamente, con el propósito de determinar qué conducta debe ser castigada o coaccionada por el público. Estas reglas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos y por pruebas que tienen que ver no con su contenido sino con su *pedigree* pueden usarse para distinguir reglas jurídicas válidas de reglas jurídicas

⁸¹ Ver en (Duguit, 2007, p. 29)

⁸² Ver en (Jakobs, 2002, p. 21)

espurias...”⁸³. Afirmamos entonces que aplicar reglas equivocadas por parte del poder público, como es el propuesto en el presente trabajo, es evidente que se abre la posibilidad de generar al menos una forma de incentivo perverso según lo explicaremos de inmediato, básicamente lo expreso dado que semióticamente –como afirma Von Oertzen- las normas jurídicas son mensajes y – digo yo- el funcionario es el encargado de cumplir y hacer cumplir la normativa, sobre todo cuando se trata de normas que se refieren a regulaciones de competencias, estructuras o procedimientos jurídicos como es el derecho administrativo sancionador ⁸⁴ Lo que sucede cuando el mensaje es claro la juridicidad no se ve afectada y la legitimidad permite que la norma produzca un efecto “virtuoso” en una estructura no solo legal sino jurídica. En cambio si vemos la materia punitiva comprometida en el mensaje, como es el caso de nuestra cuestión hipotética, se puede ocasionar el efecto negativo o de desincentivo, de lo que se trata es de sostener un equilibrio.

Así las cosas, si procedemos a revisar la Matriz del Plan Estratégico Institucional de la SUNAT vigente⁸⁵ en el que encontramos como elemento vector de su misión el “servir al país proporcionando los recursos necesarios para la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica, contribuyendo con el bien común, la competitividad y la protección de la sociedad, mediante

⁸³ Ver en (R. M. Dworkin, 1977, p. 10) Además lo importante del mensaje de Dworkin permite encuadra al positivismo como una teoría semántica que permite ver al derecho de una manera inflexible y que apoya el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el derecho debe ser empírico en lugar de teórico.(R. Dworkin, 1992, pp. 39-83)

⁸⁴ Ver en (Von Oertzen de Araujo & Panez Solórzano, 2014, p. 73).

⁸⁵ Nota: Mediante Resolución de Superintendencia N° 072-2019/SUNAT se aprueba la Extensión del Horizonte de Tiempo del Plan Estratégico Institucional de la SUNAT para el período 2018-2022 según pauta de la Comisión de Planeamiento Estratégico de la SUNAT conteniendo dicho horizonte de tiempo la Matriz del Plan Estratégico Institucional bajo análisis y comentario.

la administración y el fomento de una tributación justa y un comercio exterior legítimo”. Pues bien, en el rubro relativo a Acciones Estratégicas, en función a Usuario u operador sancionado, se genera el indicador Recaudación por acciones de fiscalización aduanera y se adopta como método de cálculo el monto recaudado por gestión directa que comprende la recaudación obtenida de las Liquidaciones de Cobranza generadas como resultado de las acciones de fiscalización aduanera en el control posterior durante los años 2018 al 2021 con proyección al 2021 inclusive.

OEI / AEI		Nombre del Indicador	Método de Cálculo	Línea de Base		Valor Actual		Logros esperados en el periodo del plan					Unidad Orgánica responsable del indicador
Código	Descripción			Valor	Año	Valor	Año	2018	2019	2020	2021	2022	
Acciones Estratégicas del OEI.03													
AEI.03.01	Mercancía seleccionada y controlada en control concurrente	Nivel de control aduanero concurrente en importaciones	Acciones de DAM sujetas a control/Total de DAM numeradas Nota: Entiéndase por acciones a cantidad	13,90%	2016	16%	2017	[14% - 16%]	[13,5 % - 15,5%]	[13,5 % - 15,5%]	[10,0 % - 12,0%]	[9,0 % - 10,0%]	INCA
		Nivel de incidencia sustancial en canal rojo en el régimen de importación para el consumo	Cantidad de DAM con incidencia en reconocimiento físico/Cantidad de DAM seleccionadas por riesgo a reconocimiento físico	44,10%	2016	34%	2017	35%	36%	37%	37%	37%	INCA
AEI.03.02	Usuario u operador programado, controlado en control posterior	Nivel de incidencia de los programas de auditoría culminados	Cantidad de programas de auditoría especializada concluidos con incidencia generados en el periodo/Cantidad de programas de auditorías especializadas concluidos en el periodo	82,30%	2016	85%	2017	80%	80%	80%	80%	80%	INCA
AEI.03.03	Usuario u operador sancionado	Recaudación por acciones de fiscalización aduanera	El monto recaudado por gestión directa comprende la recaudación obtenida de las Liquidaciones de Cobranza generadas como resultado de las acciones de fiscalización aduanera en el control posterior.	66,45	2016	55	2017	56	56,5	57	57	58	INCA
AEI.03.04	Acciones comunes	Cantidad de informes	Cantidad de informes del Cumplimiento de Ejecución Presupuestal Programada.	4	2016	4	2017	4	4	4	4	4	INCA
OEI.04	Fortalecer la capacidad de gestión interna	Monitoreo de la ejecución del gasto	Cantidad de reportes remitidos mensualmente	ND	2016	12	2017	12	12	12	12	12	INFP

Figura N° 4. Matriz del Plan Estratégico 2018 – 2022 SUNAT

Fuente: Sunat

Ahora bien, si nos atenemos a la data generada hasta el año 2021 bajo la égida de la Intendencia Nacional de Control Aduanero (INCA) como Unidad Orgánica responsable del indicador tenemos que casi a mitad de año se percibe cierta deficiencia o ineficiencia en el logro del objetivo en relación prácticamente a todos los indicadores del Plan pues a duras penas se supera el 50 %.

Esa deficiencia aparente en una lectura correcta no es tal y explicamos la razón. En materia de recaudación tributaria podemos dividir ingresos a la hacienda pública en dos, aquellos provenientes de tributos internos, y aquellos provenientes de tributo relativos al comercio exterior. En el caso del arancel aduanero, perteneciente al segundo grupo y de interés para nuestro análisis se produce el efecto “flat” de orden mundial que implica nada más y nada menos que la desaparición de todo arancel que afecte importaciones y exportaciones debido a la generación de zonas de libre comercio.

Del mismo modo incluir una política de personal direccionada a los incentivos al funcionario aduanero instrumentalizada mediante sanciones impuestas a los Operadores Económicos Autorizados con el prurito de forzar una mayor recaudación se encuentra denostando la noción de servicio público de Duguit .

2.3.3 Aspectos jurisprudenciales

En la presente investigación los aportes derivan de jurisprudencia básicamente relativa al Tribunal Fiscal, en primer lugar debo decir que aunque no se produce control difuso a nivel administrativo especialmente en materia aduanera es casualmente esta insuficiencia la que nos permite visualizar mejor la dimensión del problema pues, la LGA y modificatorias, comprometen seriamente el principio de legalidad y el sub principio de tipicidad.

También presentamos sentencia casatoria pertinente a nuestra problemática pues refiere a los efectos *ex nunc* y *ex tunc de la norma administrativa*.

Por último, del Tribunal Constitucional –teniendo que anotar que existen no menos de 120 resoluciones que contienen coligadas las palabras principio –tipicidad, atendimos algunos pronunciamientos que abonan al punto de inflexión sobre una aparente dicotomía principialista ya resuelta en cuanto se admite cohesionar el principio de legalidad y el sub principio de tipicidad en materia administrativo-sancionatoria con otro elemento indisoluble: el principio de taxatividad. Veamos:

2.3.3.1. El Tribunal Fiscal y un caso fuerte.

A este acápite tranquilamente podríamos referirnos al caso materia de pronunciamiento como un caso fuerte. Pero también como “la punta del Iceberg” pues no sería raro que se inicien en cascada muchos más. Ahora bien, en el caso de sanciones y controversias relativas en específico al tema que nos ocupa en la presente investigación ya podemos observar que el criterio errático se sostiene. Veamos:

Revisando y desglosando la Sentencia del Tribunal Fiscal N°05417-A-2020 que nace en razón a acción interpuesta por el (OCE) Agente de Aduanas Aurelio Luis Soto Zegarra en representación del importador comitente IMPORADORA PAOLA'S E.I.R.L.

El caso informa que el diez de agosto del año 2016 se numera la Declaración Aduanera de Mercancías N°172-2016-10-019652-01-3-00 bajo la modalidad de despacho diferido de importación. En fecha 16 de agosto en circunstancias que realizaba su paso por el puesto de control de Tomarisi la mercadería que era transportada por la empresa de Transportes ACD E.I.R.L. conducido por Wilfredo Condemayta Flores para la respectiva descarga en el módulo de Cuenta Corriente.

En el tercer considerando se aprecia que: "... de la revisión de los documentos presentados por el ciudadano Wilfredo Condemayta Flores se verificó que la Declaración Aduanera de Mercancías N°172-2016-10-019652-01-3-00 no contaba con levante autorizado para su libre tránsito en el territorio nacional..." y que inclusive quedaba pendiente de resolver el proceso de duda razonable.

Mediante Resolución de División N°000 323100/2017-000206 del 22 de diciembre del 2017 se dispuso aplicar la sanción de multa por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 14 del literal b) del artículo 192 de la LGA. Dicha sanción⁸⁶ que fue materia de reclamación el 2 de febrero del 2018 mediante

⁸⁶ Resolución de División N° 000 323100/2017-000206.

Expediente N° 172-URD 119-2018-057112-0, siendo declarada infundada con Resolución de División N° 000 323200/2019-000022 de fecha 13 de febrero del 2019.

El Tribunal Fiscal de inicio invoca el marco normativo contenido en el artículo 2 de la LGA para definir el Punto de llegada como aquellas áreas consideradas zona primaria en las que se realicen operaciones vinculadas al ingreso de mercancías al país. Enfatiza el Tribunal Fiscal que en el caso de transporte aéreo, los terminales de carga del transportista regulados en las normas del sector transporte podrán ser punto de llegada siempre que sean debidamente autorizados por la Administración Aduanera como depósitos temporales.

Otro aspecto que queda definido es el contemplado en el artículo 171 de la LGA que dispone que el levante de las mercancías se realizará en el punto de llegada.

En resumen el Tribunal luego confirma la resolución de primera instancia, pero lo importante es que señala elementos para que se configure la infracción tipificada en el artículo 192 numeral 14 del literal b) de la LGA, que analizaremos uno por uno en función a nuestra tesis y que son los siguientes :

- a. Que la mercancía se encuentre bajo responsabilidad o custodia del punto de llegada.

COMENTARIO:

Sin ir muy lejos, en la propia resolución bajo análisis el Tribunal Fiscal reconoce una suerte de “fórceps legal” para

encajar la infracción en un supuesto de hecho espurio de justificación en la inexistencia de infraestructura adecuada para establecer el Punto de Llegada, cuando señala:

“...que teniendo en cuenta que el Punto de Llegada es aquella área considerada zona primaria en las que se realizan operaciones vinculadas al ingreso de mercancías al país y siendo además que el Estado promueve la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la delegación de funciones al sector privado, es que en el presente caso el Depósito Temporal Almacenes Tacna S.A. constituye un área considerada zona primaria, *debido a que en la circunscripción aduanera de Tacna no existe la infraestructura adecuada para operar un terminal terrestre internacional de carga, por lo que se delegó dicha función a los depósitos temporales (sector privado)*⁸⁷.”

- b. Que la acción típica sea el retiro de las mercancías del punto de llegada.

COMENTARIO:

Considero que la figura semántica del punto de llegada aquí tiene mérito en redactarse con letras minúsculas en alegoría a su falta de consistencia, lo que incluso nos permite hablar y percibir un doble significado, el

⁸⁷ Las cursivas son nuestras.

institucional aduanero del Punto de llegada y el contenido en la legislación peruana a la fecha.

- c. Que el sujeto de la acción sea el despachador de aduana.

COMENTARIO:

El supuesto típico errático de la infracción en el caso, que podríamos elevar a la condición de caso fuente, tiene como sujeto de acción no solamente al despachador de aduana sino debe puntualizarse que además abarca al dueño, consignatario o consignante de la mercadería. La técnica legislativa deja abierta la posibilidad de una doble sanción por el mismo supuesto infraccional aduanero.

La acción típica se realiza cuando:

- No se haya concedido el levante de la mercancía.
- La mercancía se encuentre inmovilizada por la autoridad aduanera o no se haya autorizado su salida.

COMENTARIO:

Estos dos supuestos tienen su propia autonomía al margen de foco de nuestra tesis. Se puede decir que se limitan a alimentar el sustrato coercitivo de la normativa.

2.3.3.2. Otras sentencias atinentes del TF.

Creo en este punto, y antes de abordar el análisis de la jurisprudencia del TF, que es menester referirnos a una situación

para nosotros negativa generada por la posición que dicho colegiado adoptó al plantearse como vías excluyentes para la solución procedimental de controversias la que atañe a la Ley de Procedimiento Administrativo General por un lado y que pone al TUO del Código Tributario del otro. En ese sentido se plasman en resoluciones como la signada con el N° 03384-Q-2015 y la RTF N° 10008-1-2017 por las cuales se plasma que “...el procedimiento contencioso tributario, en relación con los recursos que pueden presentar los contribuyentes, se rige por las normas del Código Tributario y no por lo previsto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que la invocación a los artículos 215, entre otros, de la ley no resultan pertinentes.” De modo tal que ese parte aguas implica afectación de la intención subsidiaria de la LPAG en favor del administrado- contribuyente. Lo que sucede es que en materia aduanera se patentiza cualquier deficiencia en el manejo de instrumentos legales pues debe privilegiarse la facilitación de comercio y su naturaleza abierta, en contrario sensu a la tónica estrictamente tributaria de orden cerrado y cuasi confiscatorio.

La tendencia que genera el TF colisiona con la mismísima NORMA IX del TUO del Código Tributario referida a la APLICACION SUPLETORIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO que reza: “ En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho

Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.”⁸⁸

Sobre el tema de la supletoriedad ya escribían autores como Durán Rojo y Mejía Acosta que básicamente defendían la tesis sencilla de que “ la aplicación supletoria de la LPAG en asuntos tributarios debe ser examinada teniendo en consideración que los procedimientos tributarios tienen como eje efectivizar la institución constitucional del tributo, y esto conlleva un conjunto de deberes y derechos cuyo contenido no son matemáticamente los mismos que los planteados en el marco del derecho Administrativo en General podría desnaturalizar a un procedimiento tributario”(Durán Rojo & Mejía Acosta, 2011, pp. 235-236), sin embargo ahora parece que se ha dado por descontado que dicha desnaturalización se ha producido.

RTF N°17186-A-2012 DEL 16 DE OCTUBRE DEL 2012.-

La acotada resolución confirma una notificación⁸⁹ referida a declarar improcedente una solicitud ciertamente de carácter no contencioso –vinculada a la determinación de la obligación tributaria- para la suspensión de plazo para el traslado de la mercancía sometida al régimen aduanero de depósito.

⁸⁸ También se puede ver al respecto la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1311, publicado el 30.12.2016 y vigente desde el 31.12.2016, el cual establece la aplicación supletoria de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General modificada por el Decreto Legislativo N.º 1272.

⁸⁹ Notificación N° 118-3D1500-2011-001850.

La norma contenida en el Reglamento de la LGA permite al Operador invocar la suspensión de plazo pues opera cuando el usuario aduanero por causas ajenas a su voluntad, se encuentre impedido de cumplir con sus obligaciones aduaneras. Pero como bien glosa el considerando 18 de la citada: "...la agencia recurrente, de acuerdo al Procedimiento de Depósito, el levante de la mercancía se produce después del retiro de la mercancía del punto de llegada..."

COMENTARIO:

El caso es importante. La resolución del TF en perspectiva permite ver que el término "punto de llegada" no solamente se entiende usual para los supuestos del artículo 192 de la LGA y la Tabla de Sanciones Aplicables a las Infracciones Previstas en la LGA. sino que también involucra muchos aspectos de la destinación aduanera, como es el que tiene que ver con el Régimen de depósito del caso en comentario.

Al no existir en consecuencia jurídicamente adecuada la figura del Punto de llegada en la legislación aduanera se ocasiona un efecto negativo y un compromiso eventual de toda decisión administrativa., desnaturalizándose el mecanismo sancionatorio aduanero.

RTF N°12165-A-2012 DEL 24 DE JULIO DEL 2012.-

Esta vez nos encontramos ante una resolución que confirma una sanción de multa a un operador aduanero –el Transportista- por infracción del numeral 5 inciso a) del artículo 192 de la LGA, en ejecución del Régimen de Importación para el

consumo en la modalidad de Despacho anticipado, pues la normativa material (artículos 2 de la LGA y 158 del reglamento⁹⁰) en especial el artículo 113 de la LGA a la letra dice: “ La compañía transportista o su representante entrega las mercancías en el punto de llegada sin obligatoriedad de su traslado temporal a otros recintos que no sean considerados punto de llegada. La responsabilidad aduanera del transportista cesa con la entrega de las mercancías al dueño o consignatario en el *punto de llegada*. ”

Resulta evidente entonces que la indefinición legal de la institución del Punto de llegada es incongruente a su vez –por ejemplo- con tratar de definir legalmente a los “*otros recintos* que no sean considerados *punto de llegada*. ” Un par de las razones que sustentan nuestra tesis vinculadas a la materia expresada y que puede apreciarse en la RTF bajo comentario se da cuando nos percatamos que el artículo 114 de la LGA expone los supuestos para que proceda el traslado de mercancías a los almacenes aduaneros, aparentemente “desde” el *punto de llegada*. O, también de la lectura del artículo 116 de la Ley que trata sobre la transmisión de la nota de tarja vemos que para que ésta opere se asume enfáticamente la previa entrega de las mercancías en el *punto de llegada*.

2.3.3.3. Sentencia casatoria sobre alcances del principio de legalidad

EX TUNC

⁹⁰ Por el artículo 2° se define el término Nota de tarja; y el artículo 158 del Reglamento de la LGA glosa el procedimiento y plazo por el que el transportista o su representante en el país deben transmitir la Nota de tarja.

Habíamos señalado entonces que el *ius puniendi* en materia de infracciones administrativas tiene arraigo en el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política del Estado, en ese sentido la jurisprudencia penal expresada en la Casación N°456-2012 Del SANTA⁹¹ puede resumir el sentido de nuestra preocupación.

Señalase que además de las garantías de *lex praevia* manifestada en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, ésta tiene efectos *ex nunc* “desde que se crea hacia el futuro: por regla general hasta que sea derogada, pero no *ex tunc* que implicaría el retraer sus efectos a acciones anteriores. Dice Gutiérrez Iquise además que con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión infraccional punitiva. De modo tal que la dación del Decreto Legislativo 1433 habilitante de un esquema sancionatorio reglamentado por D.S. 418-2019 EF del 1 de enero del año 2020 (con algunas modificaciones a través del D.S. 169-2020 EF no trascendentes a nuestro análisis)) genera una Tabla de Sanciones que en el rubro N41 se agrega texto en el tipo punitivo respecto del supuesto de sanción concurrente al *Punto de llegada “o” al almacén aduanero*, supuesto que antes no existía y que simplemente evidencia la intención de cubrir el defecto técnico legislativo. Quedando acotado de la siguiente manera el presupuesto de infracción para el Despachador de aduana:

⁹¹ Publicada en el portal digital de <https://lpderecho.pe> (Gutiérrez Iquise, 2018)

N41. “Cuando se retire la mercancía del *punto de llegada o almacén aduanero*, sin que se haya otorgado el levante...”

Lo mismo ocurre en el rubro N42 de la Tabla de Sanciones, respecto de Operadores de Comercio Exterior, es decir se agrega texto en el tipo punitivo respecto del supuesto de sanción concurrente al *Punto de llegada “o” al almacén aduanero*, supuesto que, de igual modo, antes no existía conjuntivamente y que simplemente evidencia la intención de cubrir el defecto técnico legislativo. Quedando de la siguiente manera el supuesto de infracción para el Almacén aduanero, Empresa de Servicio Postal, Empresa de servicio de entrega rápida entre otros:

N42. “Cuando se entregue o disponga la mercancía del *punto de llegada o almacén aduanero*, sin que se haya otorgado el levante...”

En cuanto a los - ahora en referencia a los Operadores Intervinientes- dueños, consignatarios o consignantes entran en el supuesto genérico ahora del artículo 198 incisos a) e i) de la LGA mediante el rubro P34 de la Tabla de Sanciones cuando se detecte el retiro de la mercancía del *punto de llegada o almacén aduanero*, sin que se haya otorgado el levante, autorizado su salida o en caso se encuentre con una acción de control extraordinaria pendiente de culminación.

Ahora encontramos algo importante, en el rubro P33 de la Tabla, por extensión del artículo 198 incisos a) e i), ingresa al ámbito sancionatorio irregular el hecho de que el Administrador

o concesionario de instalaciones portuarias, aeroportuarias o terminales terrestres internacionales *entreguen o dispongan la mercancía del punto de llegada sin que se haya autorizado el levante, autorizado su salida, etc.* Y decimos importante, sino curioso, pues éste extremo de la ley y de la gaseosa regulación sancionatoria al que nos empuja el decreto legislativo 1433 que poco favor hace a la deconstrucción⁹² del principio de tipicidad en materia sancionatoria administrativa aduanera, ciertamente se refiere al operador aduanero que en una definición limpia de Punto de Llegada, tributario del *Point of arrival* original, podría ser objeto de sanción efectiva por los supuestos tantas veces recitados (retiro sin autorización, en el fondo), pero ante la desidia legislativa que es materia también de cuestionamiento por lo menos desde la academia, y, como se pudo observar en el caso emblemático (Ver punto 1.3.3.1) generador de conflicto potente entre la Autoridad Administrativa Aduanera y la juridicidad referida al tratamiento de la tipicidad como complemento del principio de legalidad en materia de sanciones punitivas por la Corte Suprema de la República.

Viene la cuestión de la tesis: ¿Existe sustento jurídico suficiente para “homologar” como sujeto de sanción al operador Almacén aduanero como Punto de Llegada por el retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante? La respuesta rotunda es que no.

2.3.3.4. Impacto del principio de tipicidad en sentencias del Tribunal Constitucional.

⁹² **Deconstrucción:** Enfoque utilizado para comprender la relación entre texto y significado. Fue originado por el filósofo Jacques Derrida (según el google académico).

Puede decirse también que de lo que se trata en esta parte es de la afectación de lo que Schauer identificó como autonomía semántica pues los destinatarios de la sanción no pueden identificar “tanto la conducta exigida por la regla como sus condiciones de aplicación” sin que sea importante las razones de la autoridad normativa.⁹³

Ahora bien, Manuel Gómez Tomillo⁹⁴ resalta que el Tribunal Constitucional peruano sostiene que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros constituyen principios básicos que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador. En esta parte me limitaré a presentar jurisprudencia relativa a la regulación vía acción de garantía constitucional del principio de tipicidad que ayudan a comprender mejor los efectos de nuestro planteamiento problemático:

- a. La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 8957-2006-PA/TC la cual permite advertir que dicho órgano máximo invoca perenemente un complejo principialista en materia de derecho administrativo sancionador que lo integra (punto 11) “Lo principios que orientan la potestad sancionadora establecen facultades para determinar infracciones administrativas e imponer las sanciones correspondientes.(...) La potestad sancionadora de todas las entidades está regida por los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad,

⁹³ Ver artículo de Ruiz Manero en (Aguiló Regla et al., 2007, p. 83)

⁹⁴ Manuel Gómez Tomillo es profesor titular de Derecho Penal, catedrático de la Universidad de Sevilla, letrado del Tribunal Constitucional Español. Sobre el tema ver en (Gómez Tomillo et al., 2017, p. 36)

irretroactividad, causalidad, presunción de licitud, entre otros.”

- b. La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01873-2009 – PA/TC básicamente refleja la traspolación de los principios del derecho penal “con ciertos matices⁹⁵” en el derecho administrativo sancionador, pero que, en el considerando 12.b. respecto del Principio de tipicidad plasma la necesidad de que una conducta específica debe estar conectada a una sanción administrativa, involucrándose a su vez de manera necesaria otros dos principios jurídicos específicos como son el de libertad, por el cual autores como Díaz Revorio⁹⁶ solamente expresaría un concepto vacío y carente de todo significado si es que los jueces a su vez no recurren a los demás criterios de interpretación constitucional como el literal, histórico, sistemático, teleológico, etc.- y el de seguridad jurídica. Además de pronunciarse por la proscripción de toda cláusula general, indeterminación y libre “arbitrio” de la administración.
- c. Asimismo referiremos brevemente a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 00020-2015-AI, por la cual se declaró la inconstitucionalidad de la regulación de las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, limitando así la

⁹⁵ Versión que recojo *Ad literam*.

⁹⁶ Ver en (Díaz Revorio, 1997, p. 195). En la cita Díaz además es de la opinión –razonable- que aun así queda abierta a una interpretación suficiente la potencialidad de acudir a valores para dar sentido a la finalidad de la norma.

potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, dado que resulta atingente pues nos muestra un reconocimiento del máximo intérprete de la Constitución del principio de tipicidad. En realidad en su fundamento 40 expresa la diferencia entre el principio de legalidad con el de tipicidad. En realidad encuadra este último como un sub principio a su vez derivado del principio de legalidad de suerte indisoluble en materia administrativo-sancionatoria definiéndolo además como principio de taxatividad que “constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta constituyendo una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas deben ser redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”

Además esta resolución se pronuncia respecto de que las conductas señaladas como infracciones no pueden incurrir en generalidad y para ello se debe cumplir con los parámetros o estándares mínimos que impone el sub principio de tipicidad al no permitir identificar con precisión conductas concretas.

2.3.3.5. La Seguridad jurídica afectada como fuente normativa

Hablar y tratar de la Seguridad jurídica implica definirla y nos quedamos con la de Humberto Ávila cuando dice que debe

ser una norma-principio⁹⁷ que exige de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, en base a la cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales para tener un presente digno y lograr una planificación jurídica estratégica para el futuro.

Para entenderla un poco mejor - contrario sensu - la inseguridad jurídica aparece cuando se desnaturaliza al derecho y se le sustrae la condición que Ávila identifica como una “actividad argumentativa reconstructora de sentidos normativos basada en postulados hermenéuticos y de aplicación.” (Ávila, 2013, p. 3 ss).

El tema de la seguridad jurídica – hay que reconocer- mantiene entonces en ésta parte del mundo una connotación aún muy gaseosa, pues en realidad lo que se requeriría es que la ubiquemos como denotación de algo que se mantiene en el ámbito de lo que, otra vez, Humberto Ávila identifica como estados ideales. Uno de ellos es la confiabilidad que, por lo menos, “denota un estado de cosas en el que el Derecho respeta los actos pasados de disposición de los derechos fundamentales de la libertad. De este modo, existirá confiabilidad si el ciudadano que actuó de conformidad con el Derecho ayer, no se ve sorprendido hoy con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias

⁹⁷ Primero norma, ojo.

anteriormente aplicadas o aplicables. La confiabilidad marca los requisitos que el Derecho debe cumplir en la transición del pasado al presente e indica cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que el Derecho pueda asegurar derechos al ciudadanos y, con ello, servirle de instrumento de protección.”⁹⁸

Por último, según aporte de Diana Richardson y Luna Serrano la Seguridad jurídica –y lo que se puede entender como indicadores positivos de Seguridad jurídica o de amenaza de esta– en el marco del Derecho Aduanero se deben reflejar tanto en la expresión normativa emanada de las autoridades competentes sobre la materia aduanal; y por otro lado en que la aplicación administrativa de la regulación sea perfecta basado esto último a una razonable interpretación normativa ligada a las fuentes del derecho aduanero cuando a ella haya que echar mano, sea por la autoridad administrativa como por la autoridad judicial (Richardson Peña, 2019, p. 719,720).

2.3.4. La atipicidad en las sanciones referidas al POINT OF ARRIVAL

Según Jiménez Martínez la tipicidad se presenta cuando el juzgador ya ha analizado y comparado mediante el proceso de subsunción y ha llegado a la conclusión que la acción o la omisión del agente no reúne todas, entiéndase todas las características objetivas, normativas que exige el tipo penal correspondiente (Jiménez Martínez, 2019, p. XL). Debiendo aclarar que para adecuar el enfoque al procedimiento administrativo sancionador sería más propicio referirnos no al tipo penal sino *al tipo infraccional punitivo correspondiente*, para

⁹⁸ Ver en (Ávila, 2013, p. 17 ss) donde también se desarrolla entre estos “estados ideales” comporta además confiabilidad y la calculabilidad entendida –ésta última– como la capacidad razonable del ciudadano de medir las consecuencias de actos presentes y que obviamente incluye al Derecho, al derecho administrativo, y al derecho administrativo sancionador.

lo cual sugiero se interprete el sentido conceptual de tal modo (infraccional punitivo aduanal), esto es, a cierta distancia de la estricta atipicidad penal que es de naturaleza sancionatoria más específica. En todo caso se retroalimenta de ella pero en su propio ámbito.

Hay que tener en cuenta que la administración debe tener cuidado en respetar su funcionalidad normativa pues, como dice Peces Barba, la legitimidad de ejercicio expresa la forma en que se ejerce y se administra el poder, cómo se manda, con qué procedimientos, con qué contenidos y con qué límites (Peces-Barba et al., 2004, p. 97). Ahora bien, el pretender validar las sanciones a operadores aduaneros involucrados en nuestra temática (dueños, consignatarios, consignantes, almacenes temporales y agentes aduaneros) en la nueva condición de Operadores de comercio exterior u Operadores intervinientes, con su adición ultra activa en la tabla de infracciones y sanciones deviene en írrita. ¿Estamos ante una norma sancionatoria inidónea? pues digamos que Habermas, en referencia al requisito de validez normativa⁹⁹, expresa que la función del derecho políticamente requiere otorgar "...estabilidad en las expectativas de comportamiento, consistente con el establecimiento de una seguridad jurídica que permite a los destinatarios del derecho a calcular las consecuencias de su propio comportamiento y la del prójimo". De la misma forma el Hans Kelsen de la Teoría General de las Normas –el segundo Kelsen- para quien el derecho es producto de la voluntad política, por lo que la validez es una condición sine qua non de la existencia de las normas jurídicas. Por ello para Habermas, creo que

⁹⁹ Nota: Antonio A. Martino al respecto deja claro que sobre validez e invalidez se acepta que en la ambigüedad del término "validez" hay un sentido reiterativo en la doctrina: "...una norma de obligación es válida, cuando se debe hacer lo que la norma exige (fuerza obligatoria), y es inválida cuando no es el caso que se deba hacer lo que exige la norma".(Martino, 2010, p. 97)

también para el “segundo Kelsen”¹⁰⁰, y para nosotros: “las normas jurídicas han de tomar forma de determinaciones inteligibles, exentas de contradicción y precisas, y por lo general venir formuladas por escrito; tienen que, comunicadas a todos los destinatarios,(...) no deben tener validez retroactiva,(...) tener carácter general en lo que refiere a los asuntos que trate pero (...) asociándolos con consecuencias jurídicas, de suerte que sean aplicadas de igual modo a todas las personas y todos los casos comparables”(Habermas, 2008, p. 211). ¹⁰¹

Pero, además, en atención a la naturaleza autopoietica¹⁰² del sistema jurídico se necesita superar un primer momento de incertidumbre como podemos transpolar al confundirse el elemento Punto de llegada con el elemento Almacén temporal en la intención sancionadora, puede ocurrir un periodo de indefinición pero –como bien sustenta Fabiana del Padre- no se pudo evitar resolverla cuanto antes mediante la previsión de procesos, “principio y fin son los momentos constitutivos del sistema

¹⁰⁰ La doctrina se refiere a Kelsen en dos momentos relativos a su obra, primero el Kelsen de la Teoría pura del derecho que rigió por más de cuarenta años y por la cual se sostenía la tesis de que el derecho era una producción lógica y de una sola fuente: la norma. Kelsen cambia de opinión cuando en 1979, seis años después de su muerte ve la luz su obra “Teoría General de las Normas”. Ver desde el estudio introductorio de Juan Federico Arriola en (Kelsen, 1994, p. 5,63 ss)

¹⁰¹ Un estudio preliminar de Monserrat Herrero a los planteamientos teóricos cruzados entre Kelsen y Schmitt sobre normativismo y decisionismo, respecto de la validez de la norma colige y rescata que: “la validez de una norma nada tiene que ver, pues, con la realidad, sino sólo con la regla o el método específico mediante el que fue producida y establecida. Tiene que ver sólo con la norma fundamental, que no es otra cosa que la regla de acuerdo con la que son producidas las normas del orden jurídico.” Ver en (EP Schmitt, 1996, p. XX)

¹⁰² Teubner plantea esa naturaleza autopoietica del derecho en su enfoque constructivista especial del cual ya en previa publicación en <https://www.monografias.com/docs114/derecho-como-sujeto-epistemico/derecho-como-sujeto-epistemico.shtml#construira> rescatamos sin duda alguna el sostener que: El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho. El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. Ver en (Teubner, 2002, p. 31 ss)

procesal, que en nuestro caso, al no ser observados se manifiesta en sanciones atípicas y –si se quiere- injustas.¹⁰³

Gonzáles Bianchi respecto de los factores tipicidad y atipicidad –siguiendo la línea de Graciela Ruocco- en materia administrativa, potencia, creo de buena fe, la idea fuerza de nuestra tesis en cuanto expresa que la correcta invocación de dicho principio como cobertura jurídica formal la tipicidad exige una descripción legal de la conducta, que, si bien puede ser completada por un reglamento –conectada a una sanción específica- , contrario sensu, la reglamentación que adolezca de cobertura legal se violentará la seguridad jurídica e ilegal por crear una sanción no prevista en la ley dado que un reglamento no suple los olvidos de la ley sino que completa lo esbozado por ésta, no es sustitutiva, la complementa “caso contrario sería inconstitucional” (González Bianchi, 2019, pp. 117-118). En todo caso, en cuanto al funcionario público, siguiendo un razonamiento lógico también simple, y ahora estrictamente desde la perspectiva de la responsabilidad funcional, es que obtenemos por ejemplo la que se da con el modelo de test de proporcionalidad propuesto por Verónica Rojas Montes – ‘segundo elemento’¹⁰⁴- por el cual : “las sanciones a personas naturales y jurídicas podrían ser sancionadas por incurrir en responsabilidad administrativa subjetiva “...cuando el incumplimiento de esa obligación legal está tipificada como infracción administrativa de manera previa al acto” (Rojas, 2020, p. 7) .¹⁰⁵ En el Perú por ejemplo el Tribunal Constitucional mediante

¹⁰³ Ver en (Tomé, 2012, p. 95).

¹⁰⁴ Nota: Los otros dos elementos se refieren a la existencia de una norma legal que establezca obligación legal a cargo del sujeto sancionable; y, a tener a la sanción imputada como consecuencia jurídica a la infracción.

¹⁰⁵ Nota: Eerik Lagerspetz dice, creo concluyendo respecto del marco de la discusión, que “tanto positivistas como los teóricos del Derecho Natural aceptan la teoría sancionatoria del deber”, el desacuerdo – señala- estriba en que los primeros le otorgan a los deberes jurídicos un doble aspecto, la fuerza directiva o de autoridad además de una fuerza coactiva sancionatoria, por otro lado los positivistas en general han tratado de reducir los deberes a sanciones.(Lagerspetz, 1997, p. 51 ss)

Expediente 1873-2009-PA/TC raya la cancha con un pronunciamiento por el cual expresamente se indica que el principio de culpabilidad implica la exclusión de cualquier responsabilidad objetiva.

De modo que para nuestra tesis la sanción que eventualmente se mantenga en contra de los Operadores de Comercio y Operadores Intervinientes respecto del supuesto que origina nuestra investigación deberá durar lo que la autoridad colegiada a nivel administrativo y contencioso administrativo demoren en resolver declarando la nulidad absoluta.

2.3.4.1. ¿Operó el análisis de impacto regulatorio en la formulación de infracciones y sanciones relativas al Punto de Llegada?

La imposición de las sanciones administrativas en el caso que atrajo nuestra investigación tendría que haber superado los requisitos mínimos de orden legislativo o de técnica legislativa de calidad pero ya es tarde para ello. Richard Posner, verbigracia, respecto de las sanciones de orden no penal (infracciones o cuasidelitos) nos dice que debían generarse como remedios óptimos para lo cual, además, deberían operar como factor disuasivo pero siempre y cuando se fije al nivel de severidad correcta considerando la solvencia del sancionable, dejando en un segundo plano las transferencias puramente coercitivas (Posner, 2013, p. 348,349). Nosotros, con ese antecedente, dejamos abierta una alternativa a la de Posner especialmente cuando atiende la noción de Sanciones óptimas y hablamos de generar con análisis praxeológico, como lo pauteado en la presente tesis, es decir, una noción validable de las “sanciones administrativas óptimas.” Ciertamente uno cae en la tentación de ejecutar un cálculo paretiano de la aplicación de sanciones inidóneas y sus efectos económicos pero es evidente que las sanciones acotadas por

SUNAT a los OEAs involucrados en el marco de la Tabla de sanciones devienen finalmente en nulas. Por lo que opté por revisar sus efectos dogmáticos o procedimentales, es decir, a ese primer nivel relativo a determinar la validez y legitimidad del dispositivo punitivo relativo al Punto de Llegada en los términos expuestos pero siempre en función a la garantía constitucional que representa el sub principio constitucional de tipicidad.

Ahora bien, la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) establece el RIA o Análisis de Impacto Regulatorio – RIA, por sus siglas en Inglés – constituyéndose en una herramienta contundente para lograr tener una aproximación a la situación en que la institución burocrática se encuentra y lograr establecer un sistema de gestión óptimo y además optimizable de mejora y buenas prácticas en dos ámbitos: el procedimental y el normativo. Para ello, una cuestión a tener en cuenta es que la OCDE cuenta a Perú como futuro país miembro¹⁰⁶, recordando que en abril del año 2020 y en mayo del 2021 Colombia y Costa Rica se adhieren a los ahora 38 países miembros de una coalición de economías potentes en el orbe, de modo tal que la idea es seguir trabajando en esa orientación. Si no queremos otra oportunidad perdida entonces no hay que cometer errores crasos como el que significa no seguir u obviar las pautas del Análisis de Impacto Regulatorio, respecto del cual se viene

¹⁰⁶ Nota: Como bien describe Anibal Sierralta la OCDE es una estructura internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economías de mercado para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los demás países (Sierralta Ríos, 2018, p. 130). Para el año 2017 Perú estaba en línea con Colombia para formar parte de la organización pero con los resultados de la cuarentena por el COVID 19 y la inestabilidad política esa intención y el proceso lamentablemente se trabó. Nótese que Colombia y Costa Rica logran su ingreso en un periodo pos pandemia.

aplicando en el Perú como criterios favorables, o, si se quiere, como manual de buenas prácticas en la generación y ejercicio de los componentes procesales y normativos de la administración pública, sin embargo, en alguna medida se dio a nivel de algunas instituciones supervisoras y reguladoras del gobierno como OSIPTEL, OSINERGMIN, la ONP, SUNASS¹⁰⁷, el Ministerio de Justicia, entre otras, y la propia SUNAT, En todo caso nos referiremos a ésta última pues existe un tramo muy amplio aun que cubrir para lo que significa la gobernanza en los niveles de gobierno regional y gobiernos locales por ejemplo. Es probable que el proceso de fusión por absorción a estas alturas ya habría ocasionado un grado de distorsión a la esencia institucional aduanera, a su dinámica, misma que tradicionalmente propende a la facilitación de los agentes económicos en materia comercial, reconocido ello recién podemos referirnos a buenas prácticas burocráticas. Para Weber la razón decisiva para explicar el progreso de una organización burocrática está en lograr la superioridad *técnica* sobre cualquier otra organización. “Un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa en relación con las demás organizaciones de la misma forma que una máquina en relación con los métodos no mecánicos de fabricación.” Es más, Weber sostenía la prevalencia no solo de la burocracia y en especial de la que sostiene su cariz monocrático, en el sentido más funcional del término obviamente, aclaro.(Weber, 2016, pp. 1165, 1166).

¹⁰⁷ Nota: Osiptel es el Organismo Supervisión de Inversión Privada en Telecomunicaciones; Osinergmin es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería; la ONP es la Oficina de Normalización Previsional y la SUNASS es la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

En tal sentido SUNAT, tras más de quince años del proceso de fusión sostiene una curiosa gestión administrativa pues se rompe el monocratismo – el resultado se puede calificar al menos de optimizable respecto de la institución aduanera- pues al término de la evaluación efectuada el año 2019 (OECD, 2019, p. 42 ss) nos ha permitido colegir que de la lista de veintitrés procedimientos administrativos validados solamente seis corresponden a materia aduanera, la mayoría corresponden a una mayor atención en materia tributaria.

Tabla N° 1*Lista de procedimientos administrativos validados***Lista de procedimientos administrativos validados¹⁰⁸**

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA - SUNAT		
N°	Código de Procedimiento Administrativo	Denominación del Procedimiento Administrativo
1	3173	Solicitud de levantamiento de la suspensión de la inscripción en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados.
2	3165	Solicitud de suspensión de la inscripción en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados de los usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el Régimen Especial.
3	3162	Solicitud para la neutralización química y/o destrucción de bienes fiscalizados.
4	3159	Autorización a depósito temporal en actividad para almacenar adicionalmente envíos de entrega rápida.
5	3158	Solicitud de suspensión de inscripción en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados.
6	3153	Autorización al agente de aduana para operar en un local anexo, en la misma circunscripción aduanera.
7	3151	Solicitud de baja de autorización de ingreso y/o salida de bienes fiscalizados.
8	3148	Modificación o actualización de la información en el Registro para el control de los Bienes Fiscalizados de los usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el Régimen Especial.
9	3141	Autorización para operar como agente de aduana persona natural.
10	3132	Autorización para la salida del territorio nacional de Bienes fiscalizados.
11	3128	Autorización para el ingreso al territorio nacional de Bienes fiscalizados.
12	3126	Solicitud de baja de inscripción en el registro para el control de los bienes fiscalizados para los usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de

¹⁰⁸ Nota: Estudio contenido en OECD (2019), Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>. Que concluye, respecto del cuadro 13 lo siguiente: “De acuerdo con lo dispuesto de los dispuesto en el numeral 2.12 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1310 incorporado por el Decreto Legislativo N° 1448 concordante con el numeral 17.1.2 del artículo 17 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 061-2019-PCM; las entidades tienen la obligación de emitir las disposiciones normativas que correspondan para eliminar o simplificar requisitos como resultado del Análisis de Calidad Regulatoria; en este sentido se ha identificado 24 PA a cargo de la SUNAT que requiere de la emisión de medidas simplificadoras...”

		formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el régimen especial.
13	3103	Solicitud de levantamiento de la suspensión de la inscripción en el registro para el control de bienes fiscalizados de los usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el régimen especial.
14	3063	Renovación de inscripción para usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el régimen especial.
15	3059	Inscripción en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados de usuarios que adquieren y utilizan gasolinas, gasoholes, diesel y sus mezclas con biodiesel, en el equipo y maquinaria para la actividad minera informal de la pequeña minería y de la minería artesanal en proceso de formalización desarrollada en las zonas geográficas en las que se implementó el Régimen Especial.
16	3054	Renovación de inscripción en el registro para el control de bienes fiscalizados.
17	3051	Registro de despachador oficial.
18	3048	Inscripción en el Registro para el control de los Bienes Fiscalizados de pequeños mineros y de los mineros artesanales en proceso de formalización.
19	3041	Régimen de refinanciamiento del saldo de la deuda por regalía minera o del gravamen especial a la minería.
20	3039	Renovación de la autorización del almacén libre (duty free).
21	3034	Revocación de la autorización otorgada al operador de comercio exterior por la administración aduanera.
22	3020	Autorización a dueño, consignatario o consignante persona natural, para operar como despachador de aduana.
23	3011	Aplazamiento y/o fraccionamiento de la regalía minera o del gravamen especial a la minería.

Fuente: Sunat

Es de anotarse que fue con la dación del Decreto Legislativo 1310 vigente desde el 29 de octubre del año 2016 por el que lamentablemente solo se cobertura aspectos procedimentales relativos a simplificación administrativa. Lo que quiere decir que la eficiencia normativa relativa a la elaboración considerando la virtud del costo beneficio queda en cuestión, pues la OCDE ha orientado que “los efectos de una regulación restrictiva, son la afectación de crecimiento económico y

bienestar social, entorpecimiento del emprendimiento e innovación, lo que afecta la competencia y la productividad”¹⁰⁹.

2.3.4.2. ¿Entonces existe compromiso del elemento validez respecto de los actos administrativos que sancionan los supuestos propuestos en nuestra tesis?

Con atención en la teoría de la validez como eficacia comencemos entonces por señalar que las fórmulas sancionatorias que involucran al Punto de llegada entendido como instituto aduanero, cuestionable en el caso peruano, tienen un carácter normativo a nivel de Directiva, que dicho sea de paso según Scott J Shapiro es el tipo más básico de norma jurídica y que por su naturaleza requiere de la realización de una acción llamada “exigencia”, o, en todo caso, se requiere de que la acción no sea realizada, surgiendo la “prohibición” de determinada acción¹¹⁰. En nuestro caso nos encontramos en el supuesto de exigencia –del elemento no solo descriptivo que constituye el Punto de llegada- para que el sistema jurídico aduanero logre auto certificar – según orienta Shapiro- el marco sancionatorio. Así las cosas la respuesta a la interrogante planteada de que si se encuentra comprometida la validez de los actos administrativos de orden punitivo que sancionan los supuestos propuestos ut supra es que sí.

Como bien sintetiza Cervantes Anaya, se tiene que para que se considere la validez de los actos administrativos,

¹⁰⁹ Ver al respecto la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1310, que aprueba MEDIDAS ADICIONALES DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA en el Perú.

¹¹⁰ Ver: (Shapiro, 2014, p. 280)

recurriendo a los principios básicos del Derecho Administrativo se requiere que conjuguen tres elementos a saber:

- Objeto o propósito lícito.
- Autoridad competente.
- Procedimientos y requisitos arreglados a las normas legales preestablecidas, incluyendo la motivación.

En caso no concurren dichos elementos se produciría un vicio insalvable que reclamaría la nulidad del acto en su forma absoluta ipso jure (Cervantes Anaya, 2013, p. 262). En el presente caso creo firmemente se compromete el tercer elemento en el aspecto final, es decir, de la falta de motivación pues con la imposición de sanciones a los Operadores aduaneros implicados en los parámetros de las sanciones codificadas en el D.S.418-2019-EF –Tabla de Sanciones Aplicables a las Infracciones Previstas en la LGA- como P 33, P 34, N 41 y N 42 durante el periodo comprendido entre el 26 de junio del 2008¹¹¹ al 17 de setiembre del 2018 se sostendría un entramado legal evidente defecto de motivación al haberse generado la irregular ampliación del tipo punitivo administrativo en cuanto adicionar -tipo descriptivo- el término “almacén aduanero” solo después de la última fecha (que es la de entrada en vigencia del D.Leg. 1433, modificatorio de la LGA). En tal contexto una norma –siguiendo el enfoque ontológico del derecho de Aarnio- es un contenido de pensamiento abstracto, normativo, que expresa imágenes de acción experimentadas como vinculantes de modo que una norma

¹¹¹ Fecha de entrada en vigencia de la LGA.

funciona como modelo de interpretación, “ a través del cual es posible comprender el significado y la conexión de motivación que prevalece en la sociedad”, además Aulis Aarnio acotando el modelo conductista de Alf Ross expresa que una norma es eficaz cuando se puede presentar la ideología del decisor como vinculante por lo que: “sólo el derecho que realmente guía la actividad de las autoridades es eficaz”(Aarnio, 2016, p. 95) .

2.3.4.3. Síntoma de corroboración de evidencia empírica

Cierto es que en una investigación de carácter dogmático hablar de corroboración empírica puede ser inusual, sin embargo es de anotar en el Procedimiento General relativo al Manifiesto de Carga (DESPA –PG.09) de la SUNAT, dicho sea instrumento fundamental para la destinación y el despacho aduanero, cuyo objetivo es “establecer las actividades para la transmisión, registro y trámite del manifiesto de carga y sus documentos vinculados, manifiesto de carga desconsolidado, manifiesto de carga consolidado, y actos relacionados con el ingreso y salida de las mercaderías y medios de transporte, con la finalidad de lograr el debido cumplimiento de las normas que lo regulan” considera en su punto II entre otros destinatarios al almacén aduanero mas no se hace referencia alguna al Punto de Llegada. En el punto V define la base legal, en que refiere un dato no menor como es asumir la regencia de la Tabla de Sanciones aplicables a las infracciones previstas en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Supremo N° 418-2019 EF, es decir ya con el aditamento modificadorio que implica el Decreto Legislativo N° 1433.

Es menester explicar que históricamente el Procedimiento DESPA-PG 09 sobre manifiesto de carga tiene por lo menos desde su versión 6 -cuando se emite la Resolución N°038 – 2016-

dado que tuvo vigencia desde el 20 de octubre del 2016 con diversas modificaciones como la R.S. N° 090-2019-SUNAT que tuvo una vigencia de solo un mes, es decir de mayo a junio del 2019, también adolecía de las mismas omisiones arriba advertidas en la versión 7 , es decir, sintomáticamente ninguna consideró como destinatario de su formulación normativa al Punto de llegada en su estricta dimensión legal, sobre todo respecto del efecto en los OEAs atribulados.

Al respecto Pierluigi Chiassoni nos trae a juego el rol de las partes interesadas, constreñidos o destinatarios de las normas jurídicas en una forma soterrada podríamos decir. Para ello recuerda a Bentham y su teorización de lo que llamó ‘el favorecimiento negativo’ por el cual el estamento termina otorgando írritamente un favor “in point of agency” que es relativo, nada más ni nada menos, a cuando se genera un favor consistente en la mismísima ausencia normativa ”es decir, en abstenerse de someter a alguien al vínculo de una norma”(Chiassoni, 2017, p. 79).

2.3.5. La Gestión de riesgo

2.3.5.1. La Gestión de Riesgo como intervención legal necesaria

Es menester, en primer lugar, referir que la Gestión de riesgo se encuentra íntimamente ligada e incluso se puede decir – como expresa el profesor Efraín Minuche Zambrano - que dimana del Control aduanero, en tal sentido el Anexo General Capítulo 6 de la Convención de Kyoto (CKR) de la Organización Mundial de Aduanas establece que “El control aduanero se limitará al mínimo necesario a fin de asegurar el cumplimiento de la ley aduanera” y que, básicamente, la expresión “control aduanero” corresponde a medidas aplicadas a los efectos de asegurar el

cumplimiento de las leyes y reglamentos de cuya aplicación es responsable la Aduana a través de técnicas de gestión de riesgo para facilitar el comercio (Mojica, 2019, p. 566) .

Para la Organización Mundial de Aduanas y la CKR entonces la gestión de riesgos en materia aduanera es parte fundamental del principio de Facilitación de Comercio y que va a sustentar su cultura organizacional. Dicho ello habríamos conceptualizado a la gestión de riesgo en materia aduanal como: “... la capacidad de la autoridad administrativa para controlar mediante indicadores aquellos supuestos de filtración sistemática de infracciones que a la postre distorsionen su funcionamiento operativo institucional”. Ello implica un manejo profesional y tecnológico absolutamente eficiente, con una política institucional aduanal no solo dinámica sino transparente a nivel gubernamental, proscribiendo intrínsecamente la “cultura del secreto”.

Desarrollemos la idea. George Orwell visualizó el paradigmático *big brother* en su obra *The Last man in Europe*¹¹². La pandemia mundial COVID 2019 termina de desatar el big brother que electrónicamente permite asumir el gobierno desde un poder centralizado pero que, a la vez, y esta es la diferencia con la apocalíptica receta orweleana, se convierte en fuente del desarrollo de la sociedad abierta expresada en el mercado internacional. El mercado internacional en esencia surge espontáneamente de la necesidad humana cooperativa de intercambio de cosas de valor, del valor otorgado subjetivamente

¹¹² *The last Man in Europe* es el nombre que Orwell originalmente le dio al libro “1984”, que toma ese nombre por cuestiones comerciales.

por el importador y el exportador. Si se quiere, podemos decir que se auto prodiga en gran medida y ha demostrado la costumbre – pragmáticamente- que no se impone a las reglas que no sean en esencia ley de la economía, es decir, de la oferta y la demanda. El poder de la economía es eje del progreso de las naciones, sea definida aquella como la ciencia que trata de sobre la eficiente disposición de los recursos o bienes, o como un arte, o como un “orden”, en si lo último queda fuera de discusión a efectos del presente trabajo. Hay que decir también que economía y control no se han llevado bien siempre, pues el comercio nace libre, de modo que el diseño de la política económica se debe realizar con cuidado por el poder político estatal. Entonces, es importante recordar - en primer lugar - que históricamente el control del comercio no necesariamente coincide con cualquier noción policiva radical de control estadual y menos aduanero, así como tampoco la oficialía encargada del control era de franca naturaleza militar o policial pues *ab initio* se delegó esa función a comisarios civiles. La cosa aduanal se limita a un *registro de cuentas* del producto del comercio internacional por ejemplo en la historia del comercio arábigo,¹¹³ por lo que esa esencia contable-comercial puede a estas alturas recordar u orientar éticamente a las administraciones y operadores que esa es la noción respecto del cual comenzó a girar el control aduanero. Y, en segundo lugar, recordar que al estar clara esa esencia comercial la misma es más compatible con la concepción de contemporánea de política económica integrada al mundo y, en menor grado, con cualquier intento de concebir una radical política criminal como

¹¹³ Estamos en el derrotero del profesor Basaldúa que se remite a investigaciones como la de Eduardo de Ezcurra afirma que la palabra Aduana etimológicamente tiene su génesis en la voz árabe adayuán, o diván, y que significa “libro o registro de cuentas”. Ver en (Basaldúa Ricardo Xavier, 1988, p. 21).

eventual eje de sustentación de cualquier sistema de control aplicable al mercado,¹¹⁴ por consiguiente estimamos que antes de dar un paso semejante a estas alturas ya se ha aprendido que existen herramientas regulatorias, ante todo, que permitan la competencia leal entre los agentes económicos con protocolos de gobierno aduanal eficientes. Por lo demás luego del COVID-19 es imperativo un procesamiento administrativo inteligente y plenamente telematizado. Al respecto Delpiazzo¹¹⁵ es de la idea que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones posibilitan una gestión administrativa transparente pues cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa se quiere dar un paso más respecto a la publicidad dado que la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal, apunta también entonces que:

¹¹⁴ El peligro es caer en esquemas totalitarios y proteccionistas a ultranza, invitamos al lector a recordar que en el Capítulo I brindamos amplia atención al rol subsidiario del Estado en relación al comercio y trato a los agentes económicos.

¹¹⁵ Nota: Carlos E. Delpiazzo escribe al respecto en una interesante ponencia titulada “Supuestos y realidad del procedimiento administrativo electrónico” entendiéndolo como una consecuencia natural de la transformación de la administración pública contemporánea al influjo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, del cual abrevamos. En la misma línea Rogelio Perilla aplica que “el avance de la tecnología y del tratamiento de la información llevará de la mano también una evolución en el entendimiento de la propia gestión del riesgo, cuando nuevos algoritmos permitan mejores perfilamientos del riesgo y un verdadero equilibrio en la relación control-facilitación del comercio”. Éste autor nos dice además que en diversas ciencias que van desde la filosofía, la sociología, el derecho penal, las relacionadas con la administración de empresas, entre otras, se ha estudiado el concepto de “riesgo”, pero no hay que olvidar que en materia aduanera el Código Aduanero de la Unión europea en su artículo 5º la define como “la probabilidad de que se produzca un hecho y su impacto en relación con la entrada, salida, tránsito, circulación o destino final de las mercancías que circulen entre el territorio aduanero de la Unión y de otros países o territorios situados fuera de aquel, o con la presencia en el territorio aduanero de la Unión de mercancías no pertenecientes a la Unión, que: a) impida la correcta aplicación de disposiciones de la Unión o nacionales; b) comprometa los intereses financieros de la Unión y de sus Estados miembros; o c) constituya una amenaza para la seguridad y protección de la Unión y de sus residentes, para la salud pública, la sanidad animal o la fitosanidad, para el medio ambiente o para los consumidores” (Ibáñez Marsilla et al., 2019, p. 552).

“Más allá de la publicidad, la transparencia refiere a la diafanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios, subrayando cómo la sociedad quiere que sea la Administración de principios del siglo XXI: no sólo debe servir sino que debe mostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal.

Además, es inocultable que la Administración electrónica propende a la desburocratización mediante el efectivo acercamiento al ciudadano y la simplificación de la tramitación burocrática tradicional.”(Zegarra Valdivia et al., 2012, p. 75 ss)

2.3.5.2. La Gestión de Riesgo y el falso azar.

Uno de los paradigmas para la activación del control aduanero está representada por la denominada gestión de riesgo, pero en concreto ¿qué significado en el ámbito de la fiscalidad importa *gestionar riesgo*? ¿Es factible mensurar el riesgo en materia especialmente aduanera?

La cuestión es si se puede determinar indicadores de riesgo de manera objetiva. Ello además sin abdicar de la generalidad, en referencia a qué condición requerirá cada Estado o conglomerado de estados para el sometimiento a destinación

aduanera de determinadas mercaderías “riesgosas”, que hay que diferenciar de mercancías peligrosas considerando que en el mundo, según la revista barradecomercio.org¹¹⁶, “...en la actualidad se comercializan más de 200 mil mercancías clasificadas como peligrosas a nivel mundial, Las cuales son transportadas vía terrestre, marítima y terrestre.”

En un interesante documento denominado *Comprender las políticas de la Unión Europea* se declara que “las aduanas son la primera línea de defensa contra las mercancías peligrosas, los tráfico ilegales, el fraude, el terrorismo y la delincuencia organizada, al tiempo que facilitan los intercambios comerciales legítimos”, debiendo entenderse ello como una declaración de principio pertinente al resto de países conformantes de la OMA. Pero en relación a la Gestión de Riesgos además se apunta que esta entidad “aplica técnicas que permitan concentrar los controles donde resulten más eficaces. Los sistemas avanzados de análisis de riesgos, basados en criterios establecidos por toda la Unión Europea, deben permitir a las aduanas detectar las mercancías de alto riesgo muchos antes de su llegada a la frontera (Comisión Europea, 2014, p. 5,6). Ahora bien, previamente a aceptar la GR como una idea incontrovertible referida a ordenar el control en materia de destinación creo que cabe preguntar: ¿puede tenerse un consenso sólido respecto de lo que oficialmente se define como criterio para la Gestión de Riesgo en materia aduanera? En principio la respuesta es que no. Básicamente quedaría dicho razonamiento sustentado en el enfoque formal sobre la GR –consensuando- algo así como que vendría a ser “la aplicación sistemática de procedimientos y prácticas

¹¹⁶ Ver completo en site <http://www.barradecomercio.org/> de México.

administrativas, que proveen a Aduanas la información necesaria para lidiar con movimientos o mercancías que plantean riesgos”.¹¹⁷ Seguidamente acudimos al CKR como instrumento jurídico armonizador del marco teórico aduanero en el mundo, y, éste, a su vez, nos describe una idea de lo que se debe ponderar como las bases de una filosofía de la gestión de riesgo elemental que se traduce en el siguiente texto:

“La aduana debería desarrollar una filosofía de gestión de riesgo con el apoyo de la gerencia ejecutiva, mediante el entrenamiento, la formación, e información de los funcionarios de la gerencia ejecutiva de la aduana. Asimismo podría resultar útil, designar a uno de los gerentes de la gerencia ejecutiva como responsable del programa de gestión de riesgos. Basada en esta filosofía, la aduana debería desarrollar y documentar una política y un marco empresarial para la gestión de riesgo, que debería recibir el apoyo de la gerencia ejecutiva y ser implementada en toda organización.” (*Convenio de Kyoto Revisado (CKR)*, s. f., p. 33)¹¹⁸

Lo que significa que del mismo tenor en condicional de la noción de “una filosofía de gestión de riesgo” nos informa la inexistencia puntual de un criterio central para poder definirlo, pero en fin, allá vamos. En realidad lo que ocurre es una filtración arbitraria de cada potencial despacho por parte de la administración aduanera en base a una suma de criterios de orden subjetivo y poco medible, es por eso que nos referimos a ese sorteo como producto de un “falso azar”. Al respecto Quispe

¹¹⁷ Definido así por el Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano en el derrotero de lo planteado por el CKR de la O.M.A.

¹¹⁸ Directivas de Control Aduanero.

Farfán explica claramente que el azar no es parte de la funcionalidad en la designación de los canales de control (verde-naranja- rojo) de gestión de riesgo sino que el sistema es alimentado con criterios pre direccionados para la asignación final del canal.¹¹⁹ Por ejemplo la aduana chilena en el entendido de que la Gestión o Administración de Riesgo se puede definir como la aplicación sistemática de políticas, procedimientos y prácticas de gestión “a la tarea de identificar, analizar, evaluar, tratar y controlar los riesgos...” Pero no hace mención a la naturaleza del daño que se desea evitar. Ampliando la noción encontramos, por otro lado, una definición de la aduana uruguaya que en búsqueda de atender la dimensión de la gestión de riesgos en su dimensión operativa, reza así: “Se prioriza el riesgo en base a una categorización del tratamiento del mismo, efectuando una evaluación de la consecuencia o daño a la sociedad y la probabilidad de su ocurrencia, o sea su frecuencia.”

También, para entender esto de la Gestión de Riesgo en el Perú asumimos que el tópico tiene mucho de entelequia pues deviene en una pretensión sumamente compleja el gestionar sistemas de control relacionados a amenazas de la más diversa naturaleza y que van desde mercancías “peligrosas” a tráfico ilegales y fraude, que por cierto deberían conformar parte de las primeras en un sistema automatizado, a aquellas relacionadas con terrorismo y delincuencia organizada. Si revisamos la función aduanera desde el punto de vista histórico tenemos que ella se relaciona con los elementos económico políticos siguientes:

¹¹⁹ Puede accederse a la conferencia en: Percy Hugo Quispe farfan (2016,enero 31) Exportación definitiva.[Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=-i9EDAeCFRE&t=4732s>

- a. La aduana ingresa al siglo XX cumpliendo su función primigenia de recaudación de tributos.
- b. Para el periodo de 1940 a 1970 se imponía la protección de industrias a través de aplicación de tasas arancelarias aduaneras.
- c. En la década de 1970 al 2000 se comprende a la protección social en ámbito de políticas de salud pública.
- d. Para el advenimiento del siglo XXI se enfatiza los procesos de integración económica a nivel global en que se imprime énfasis a la aduana facilitadora del comercio¹²⁰.
- e. En lo que va del primer cuarto del siglo XXI se afirma el comercio internacional digital desde plataformas de logística y de control aduanal remoto. Al respecto, para tratar de entender si existe un patrón de GR la propia CKR no es clara pues enfatiza en lo que es el *grado de centralización* de todo organismo aduanal y al respecto dice que:

“Las diferencias existentes entre tradiciones, procedimientos legales, volúmenes comerciales, prioridades nacionales, geografía y objetivos de los distintos países no permiten la definición de una estructura organizacional uniforme que resulte apropiada para todas las

¹²⁰ Se puede considerar también fenómenos que actualmente golpean a la sociedad mundial como el terrorismo influyen en el control aduanal y sus sistemas de seguridad pero en una medida diferenciada al contenido netamente de orden comercial, cual es la intención del presente trabajo.

administraciones aduaneras. Los recursos destinados a la gestión de riesgo deberían ser determinados y asignados en función de la clase de controles que se deba ejercer y del lugar donde deban ser aplicados. Estos lugares no deben ser necesariamente las fronteras”¹²¹

Al no tener ya cabida el famoso *check point* físico cabe preguntarse ¿Qué se entiende o debe entenderse por gestión de riesgo en materia aduanal y a qué tipo o clase de mercaderías se considera de alto o de bajo riesgo? Al respecto, la Gestión de Riesgo en materia operacional aduanera ante los anotados pareceres diversos debe ser concebida como herramienta aplicativa del principio aduanal que por excelencia viene a ser la facilitación de comercio internacional. Sirviendo de parámetro la facilitación de comercio no puede hablarse de mercancías de alto o de bajo riesgo pues no se ha definido con claridad si ese riesgo está referido al fraude con la mercadería, o, si se encuentra referido al contenido merceológico o funcional de la mercadería. Por ejemplo, para el traslado de determinados compuestos químicos complejos (tóxicos para el ser humano) el canal de control –incluso en el caso de ser rojo- deviene en irrelevante pues la verificación de la mercancía se realiza de forma superficial y muy aleatoriamente el paso por el control de despacho implica el levante inmediato¹²². En todo caso no existe otra posibilidad de

¹²¹ Ibidem.

¹²² En estos casos por ejemplo la OACI –Organización de Aviación Civil Internacional- con normas del modelo ONU reconoce como las 9 clases de mercancías peligrosas en el transporte aéreo las siguientes: Clase 1 Explosivos. Clase 2 Gases. Clase 3 Líquidos inflamables. Clase 4 Varios. Clase 5 Agentes Orgánicos y peróxidos orgánicos. Clase 6 Sustancias tóxicas e infecciosas. Clase 7

confiar en las etiquetas o generar un reconocimiento en laboratorio que ralentice innecesariamente el despacho y destinación de la mercadería. A esto le agregamos –siguiendo con el ejemplo- que se debe privilegiar no solo el despacho anticipado, automático y célere sino que la entidad de control no cuente con un laboratorio para verificar la merceología del combustible para un Generador Termoeléctrico de Radiosotopos (RTG por las siglas de su denominación en inglés Radioisotope Thermoelectric Generator), es evidente que se debe privilegiar el control integrado al proceso de producción del equipo en la fábrica. Por ello no compartimos el criterio de autores como Cosío Jara cuando refiere que la facilitación de comercio “implica que la administración aduanera efectuará el control aduanero sobre las mercancías de alto riesgo, debiéndose simplificar el despacho en las mercancías de bajo riesgo” (Cosío Jara, 2012, p. 73), pues tal como se ha establecido en instrumentos internacionales como CKR la tendencia de procesamiento en canal rojo debe de quedar en su promedio nulo, es decir, “cero”¹²³. La pregunta que cae de madura en este extremo es si el objetivo de lograr en la práctica que solamente prime el canal verde implicaría una suerte de desprotección efectiva de los diversos sectores de producción y comercio.

Otra interrogante necesaria para centrar el tema estriba también en ¿Cuál es el componente discrecional que permite calificar una mercadería objeto de tráfico comercial internacional

Radioactivos. Clase 8 Corrosivos. Clase 9 Materias y objetos peligrosos diversos. Y en general, por seguridad industrial, la logística internacional de transporte aplica procesos *door to door*.

¹²³ Actualmente el tope mínimo de mercancías sometidas a canal rojo es del 15 %, pero el criterio varía de aduana en aduana llegando a revertirse los porcentajes en las entendidas aduanas de “alto riesgo” como las de Tacna, Puno y Tumbes.

como sensible o poco sensible al fraude? Es evidente que la respuesta a esta pregunta no es sencilla, pues toda mercancía, en primera instancia, siempre será sensible al fraude. Recordemos que según datos extraídos por el Banco Interamericano de Desarrollo no existe una definición universalmente aceptada de comercio electrónico, en todo caso esto se refiere a la compra o venta de bienes y servicios realizados mediante redes informáticas con métodos diseñados para recibir o efectuar pedidos pero que no incluye los pedidos por teléfono o correo electrónico escrito en forma manual (aquí encontramos los tradicionales niveles de comercio C2C, B2B, B2G). Las transacciones que se consideran transfronterizas solo vienen a ser aquellas entregas realizables entre países diferentes al país de origen.(Moreira et al., 2019, p. 320 ss)

2.3.6. El punto de inflexión

2.3.6.1. La no prohibición de enjuiciamiento

Juan Patricio Cotter nos trae a colación dos enunciados del Acuerdo de Facilitación de Comercio de la OMC¹²⁴ (artículos 6,3.2 y 6,3.3.) muy importantes cuando se ocupa de las infracciones aduaneras y nos dice –primero- que “en términos generales ha dispuesto que su imposición solo corresponda a las personas responsables por la infracción aduanera, lo que pone en tela de juicio el criterio de responsabilidad indirecta que establecen algunas legislaciones para ciertas situaciones” y que además toda “sanción a aplicar debe tener una relación directa con los hechos y circunstancias del caso y debe ser proporcional a la gravedad de la infracción cometida””(Mojica, 2019, p. 751).

¹²⁴ OMC= Organización Mundial de Comercio o WTO por sus siglas en idioma inglés.(<https://www.wto.org>)

Concordamos que es lo sustancial en lo errático pues la actuación de SUNAT en el Perú, siendo como somos parte del ámbito del comercio internacional, debe facilitar y garantizar el libre intercambio de mercancías por los agentes económicos –que son en definición del profesor Sierralta Ríos- : “unidades operativas (que) generan competencia y, para destacar y crecer, requieren de plena libertad a fin de que los bienes y servicios circulen a través de las fronteras, sin barreras legales (...) lo cual exige una adecuada protección de las libertades comerciales...”(Sierralta Ríos, 2018, p. 33) Ir en contra de ello atenta contra la normal seguridad jurídica. No se trata de normas legales debidamente emitidas, no es suficiente, se trata de lo que Larenz entiende como una dinámica normativa por la cual las normas deben estar relacionadas entre si de diferente modo y sólo en su recíproca limitación produzcan una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones dirigidas a construir los supuestos de hecho y asociar a ellos consecuencias jurídicas bajo ciertos puntos de vista directivos”(Larenz, 1980, p. 257,258). En síntesis, defecionó la formulación de regulación.

Por eso uno de los títulos que tenía pensado para desarrollar esta parte del trabajo donde explicaremos sintéticamente la esencia del problema planteado y sus efectos jurídicos colaterales en los operadores aduaneros involucrados tenía que ver en alguna medida con la idea de la “espada de Damocles” o por lo menos algo parecido a lo que esa figura literaria mítica nos trae a la mente ante el compromiso de la seguridad jurídica producida. Veamos:

La garantía esencial en el derecho constitucional y convencional no es otra que la característica de derecho

fundamental como la igualdad ante la ley. Recogemos entonces de Pérez Luño la dimensión que le da a dicha garantía como exigencia estructural y como exigencia funcional de regularidad del procedimiento que debe necesariamente concurrir tanto en la formulación de las leyes como en su cumplimiento.¹²⁵

Otra de las garantías esenciales se acoge en la materia procesal es el *non bis in ídem* y funciona para evitar dos procesos judiciales o administrativos respecto de un mismo acto sancionable. Al respecto Alarcón Sotomayor, en atención a una atendible jurisprudencia constitucional, la de más alto rango, lo sintetiza como la prohibición de doble castigo, como de carácter sustantivo, no formal o procedimental puesto que afecta directamente a las sanciones imponibles y no al procedimiento, incluso aunque ese múltiple enjuiciamiento no suponga varios castigos.¹²⁶ Cabe entonces preguntarse ¿en qué plano quedaría el periodo en que entra en vigencia el decreto legislativo N° 1053 que aprueba la Ley General de Aduanas (26 de junio del 2008) y, su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1433 (17 de setiembre del 2018) respecto de las potenciales sanciones a los operadores de comercio exterior. Ver flujo temporal en el siguiente cuadro:

¹²⁵ Pérez Luño asertivamente nos recuerda el apotegma de Luhmann al señalar que la igualdad jurídica se manifiesta, muchas veces, en los ordenamientos modernos como exigencia de sometimiento a las mismas reglas procedimentales para todos los ciudadanos. Ver (Pérez Luño, 2007, p. 31 ss)

¹²⁶ Ver concepto en (Alarcón Sotomayor, 2008, p. 19).

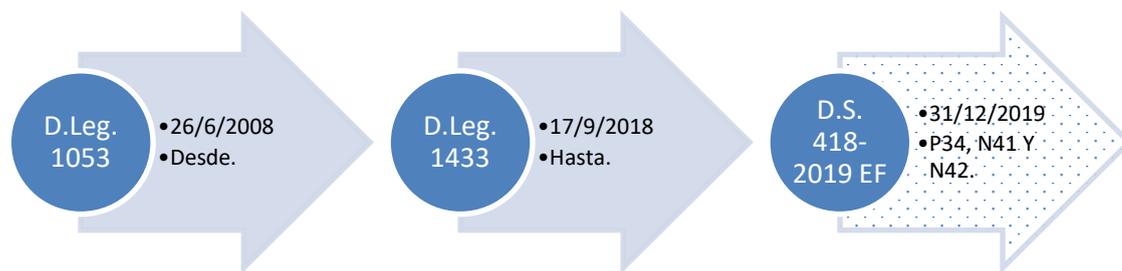


Figura N° 5. Flujo temporal de las potenciales sanciones a los operadores de comercio exterior
Fuente: SUNAT

En el flujo grama de tres elementos presentado arriba tenemos que por 9 años 3 meses y 8 días –visualizados en los dos primero elementos- se sostiene la sanción a los OCE por retiro de mercancías del Punto de Llegada sin autorización de levante en la que no aparece involucrado en el tipo sancionatorio a los Almacenes aduaneros; es recién (Ver tercer elemento) en el marco de sanciones contempladas en el Decreto Supremo N° 418-2019 EF (31 de diciembre del 2019) por el cual SUNAT actualiza la Tabla de Sanciones Aplicables a las Infracciones Previstas en la LGA, aparecen con los códigos P 34, N 41 y N 42 dispositivos sancionatorios ingresando al tipo sancionatorio al Almacén aduanero en su configuración forzada. Este ingreso está dado materialmente pero es cuestionable desde el punto de vista que va desde la forma hasta el objeto, además de la errática técnica legislativa o vaguedad normativa. Al respecto Posner en referencia al proceso de elaboración de las reglas legales y sobre normas nos dice que tenemos que considerar que “las normas tienden a ser intuitivas, mientras que las reglas tienden a ser arbitrarias porque el elaborador de la regla está intercambiando la racionalidad sustantiva con el costo de administración. Por ambas razones –complejidad y ausencia de intuición-, la regulación por la regla tiende a imponer costos de información mayores a las

personas sujetas a la regulación por la norma. Pero la vaguedad de las normas ejerce un efecto contrario y los costos de información de los reguladores pueden ser menores bajo un régimen de reglas”(Posner, 2013, p. 842 ss). Resulta pertinente entonces retornar a H.L.A. Hart en esta parte pues, contextualizando su noción conceptual del derecho, separa las normas en primarias y en normas secundarias, encuadrando en las primeras a las costumbres, derechos y obligaciones. Como normas secundarias va a considerar a aquellas que permitan efectuar modificaciones a las normas primarias, y he aquí lo importante para nuestro análisis, dichas normas secundarias van a establecer atribuciones o potestades a la autoridad o funcionario para aplicar las normas primarias. Como bien sabemos es factible aplicar una regla de reconocimiento de las normas validas basándonos en verificar su acatamiento por los destinatarios, quienes vendrían a ser los Operadores Aduaneros involucrados en la realidad problemática objeto de análisis en nuestra tesis (Hart & Carrió, 2007, p. 26 ss).

2.3.6.2. La culpabilidad del sancionado como efecto negativo.-

Puede citarse a Antonio Escotado como encargado de acuñar un aforismo que dicta: “el que obedece una ley injusta es cómplice de ella”.¹²⁷ Ese aforismo creo nos permite atender el mensaje de la presente tesis en cuanto a los efectos de una mala praxis legislativa para la entidad emisora pues va en contra de su institucionalidad tuitiva en derecho, pero a su vez genera culpa en los administrados involucrados y, otra vez recordando a León Duguit y su concepción del sistema jurídico, que viene a ser tal en la medida que pueda establecer y sancionar reglas que

¹²⁷ Ver en («El que obedece una ley injusta es cómplice de ella», 2020)

satisfagan las necesidades –en este caso “de comerciar”- caso contrario abandona el concepto; y si es de orden público necesariamente se hace sancionando las dos reglas siguientes, primero, “los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas”; y segundo, “ellos deben hacer ciertas cosas”(Duguit, 2007, p. 16).

Recordemos que la doctrina a veces se condiciona según la distribución legislativa de diferentes materias diversificándose según integren la teoría de la imputabilidad tanto en la teoría del sujeto e incluso en la teoría de la sanción (Frías Caballero, 1994, p. 26). En ese sentido vale la pena recordar que la regla en materia de responsabilidad administrativa es la responsabilidad subjetiva, y la responsabilidad objetiva es la excepción, siempre y cuando así se disponga por ley. En el caso del derecho administrativo peruano según la Ley de Procedimiento Administrativo General¹²⁸ en su artículo 230.10 viene a incorporar como como “principio especial” de la potestad sancionatoria administrativa el de culpabilidad, pero – como bien apunta el jurista Manuel Gómez Tomillo- “lo que no ha hecho el Tribunal Constitucional peruano es delimitar qué debe entenderse para él por ‘principio de culpabilidad’ (Gómez Tomillo et al., 2017, p. 35 ss). Ciertamente es que el debate de moda nos dirige al establecimiento del *compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en materia aduanera los operadores tienen ahora¹²⁹ carácter de persona jurídica de modo que –como señalé líneas arriba- caen

¹²⁸ La Ley 27444 es modificada por el Decreto Legislativo N°1272.

¹²⁹ Ver en el Decreto Legislativo N°1433.

en los presupuestos de discusión del *compliance*, lo cual resulta peligroso pues atenta contra el derecho de libertad de empresa.

Nosotros no iremos por esa ruta en profundidad al no ser menester, pero, ciertamente debemos someter por lo menos a un breve análisis sobre el principio de culpabilidad y su potencialidad de acotar a los OEAs sometidos como sujetos involucrados eventualmente al proceso administrativo sancionador aduanero por incurrir en la causal de retiro de mercancías del Punto de Llegada, materia de nuestra tesis de manera irregular.

Al margen de que la discusión sobre la culpabilidad no se encuentre bien definido en nuestra jurisprudencia administrativa, como en otras –podemos citar el caso español o el chileno- no puede resultar óbice para rescatar el hecho de que por simple operación del *ius puniendi* catalizada en la sanción se estigmatiza automáticamente al administrado sancionado. Al respecto Tirado Barrera resalta “...cada una de las consecuencias que se desprenden de una infracción administrativa es institucionalmente distinta, responde a finalidades diferentes, de lo que cabe derivar, igualmente, que tengan que sujetarse a regímenes jurídicos propios.” El autor aboga “por una disposición general uniforme y suficientemente desarrollada para todo el ordenamiento jurídico administrativo nos coloca en una situación de falta de perspectiva y nos plantea diversos problemas interpretativos derivados de las disposiciones especiales que dejan a la discusión doctrinaria algunos temas que es necesario abordar con alguna pretensión de generalidad”(Gómez Tomillo et al., 2017, p. 136).

Al respecto es indudable que se ha producido una ostensible mutilación de la normativa sancionatoria contenida en la LPAG con la dación y contenida en la Cuarta Disposición complementaria del Decreto Legislativo 1311¹³⁰ y por el cual la SUNAT, el Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias se sujetarán a los principios de la potestad sancionadora previstos en los artículos 168° -sobre la irretroactividad- y 171° del Código Tributario, no siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, según modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1272 y que se trata nada menos que de la generalidad de principios que avalan la potestad sancionatoria administrativa del Estado peruano. Reza el artículo 171° del TUO del CT que: “La Administración Tributaria ejercerá su facultad de imponer sanciones de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad, non bis in idem, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables.” Lo cual mantiene cierto grado de incertidumbre, como una intención de separar vías, tal vez demostrando lo que Posner definía como ineficiencia interna cuando se fracasa en la minimización de los costos de persecución de sus metas (Posner, 2013, p. 969). O lo que Shapiro, el del Positivismo jurídico excluyente, aduce respecto en cuanto a que los sistemas de derecho positivo, de acuerdo a cualquier tipo de positivismo, son necesariamente incompletos sobre todo si esas normas carecen de ‘pedigri’ impidiendo cubrir o completar un vacío jurídico. Al respecto tanto Ferrer como Battista Ratti sobre la tesis del carácter “necesariamente

¹³⁰ Dispositivo promulgado el 30 de diciembre del 2016 que precisa la aplicación del Decreto Legislativo N° 1272, modificatorio de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del silencio administrativo.

incompleto” del derecho elaborada por Shapiro presenta algunas dificultades pues la cuestión de si los son completos los sistemas jurídicos es una cuestión empírica, no conceptual. (Ferrer Beltrán & Battista Ratti, 2018, p. 311 ss).

En fin, lo importante para nuestro interés investigativo es que se sostiene expresamente el principio de tipicidad.

2.3.7. Solamente un pequeño Cisne Blanco.

Nassim Nicholas Taleb considera en su obra “El Cisne Negro” que un acto, un hecho, un fenómeno –él lo identifica como suceso- puede producirse de manera inesperada, “de poca predictibilidad y gran impacto”(Taleb, 2016, p. 24 ss) sea en sentido negativo o positivo, y, a la vez, irrepetible. Un Cisne blanco en cambio es aquel suceso que se produce pese a que es posible predecirlo, pero que también produce un impacto ostensible.

Un ejemplo de un Cisne blanco en materia aduanera ya ocurrió por ejemplo el año 2016. El de 15 de junio de ese año la prensa internacional ¹³¹informaba así:

¹³¹ Publicación del diario Cooperativa.cl extraída de : <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/autopistas/camioneros-bloquearon-ruta-que-une-chile-y-peru-en-movilizacion/2016-06-15/064341.html> En ella vierte declaraciones del presidente de transportistas de Arica quien sintetizaba en sus propios términos: "en una reunión internacional desarrollada en Lima en 2012 se anuló la 'nota de tarja', porque no le correspondía a los transportistas presentarla, pero los peruanos, en un dos por tres, después de 2013, dijeron que había multas desde 2007 al 2012 por esa 'nota de tarja' y esas multas equivalen a 40 millones de dólares más o menos entre Bolivia, Chile, Perú, Brasil, Ecuador".



A las 00:00 horas de este miércoles se inició un **paro indefinido e internacional por parte de camioneros de cinco países, medida que también se replica en la frontera de Chile y Perú.**

Como consignó *El Mercurio*, al menos una treintena de transportistas se instalaron en la Ruta 5 Norte, en dirección al paso Chacalluta, razón por la que Carabineros dispuso dos cordones de seguridad en la zona.

Esta protesta tiene su origen en Perú, lugar donde los transportistas alegan por multas que consideran excesivas por parte de autoridades aduaneras de Chile, Bolivia, Ecuador y Brasil.

En el caso de Chile, **camioneros de Arica aseguran que en Perú les han cobrado multas que superan los 10 millones de dólares.**

Figura N° 6. Noticia paro de transportistas internacional
Fuente: Diario Cooperativa

Se trataba de un reclamo generalizado por el sector transportista internacional de Chile debido a que por décadas los medios de transporte de carga pesada ingresaban a los almacenes temporales en Tacna y que debido a la imposibilidad material de dejar copia de la Nota de tarja a su retorno a Chile, pues entre otras cosas el horario otorgado para dejar dicha constancia resultaba insuficiente y se optaba por la “regularización” en fecha y hora posterior –que siendo una práctica indebida se naturalizó por parte del propio servicio aduanero-. Lo cierto es que ese año se sumó al servicio aduanero nuevo personal que

realizando uso de su facultad de fiscalización posterior procedió a acotar las multas a las empresas de transportes de carga vehículo por vehículo generando -ciertamente- una cuantiosa deuda de varios millones de dólares. Las multas eran impagables y generó una paralización de varios días que paralizó la actividad comercial de la ciudad peruana de Tacna, entre otras externalidades. Lo curioso fue que la paralización y bloqueo se realizó en la parte chilena, sin embargo obligó a las autoridades peruanas a elevar la protesta a nivel de cancillería. Las multas técnicamente estaban bien acotadas pues las infracciones se produjeron y el hecho de que la SUNAT durante todos esos años “aplicó un criterio flexible” esto no era óbice para dejar sin efecto las sanciones administrativas; sin embargo, pese a que el marco legal proscribía la emisión de leyes con nombre propio, el ex Presidente Ollanta Humala Tasso el 8 de julio de ese año promulga la ley 30486 que con la denominación de Ley que precisa las obligaciones de transporte terrestre de carga en artículo único dispone “la conclusión de los procedimientos sancionadores en el estado en que se encuentren” por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 3 inciso d) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, referida a la no presentación o transmisión de la información contenida en la Nota de Tarja, y declara la eliminación o extinción de las sanciones impuestas a los transportistas, inclusive en estado de cobranza coactiva o en proceso contencioso administrativo y también todas aquellas que se encuentren pendientes de notificación. Ese es un ejemplo de Cisne Blanco.

En el caso de nuestra tesis los operadores aduaneros involucrados (OCE y OI) en lo que consideramos irregular esquema sancionatorio relativo a la figura legal del Punto de Llegada, de igual modo y especialmente ante la potencialidad que significa la potestad de fiscalización posterior, se puede producir una ola indiscriminada de sanciones que –podemos decir- ya se inició con el caso expuesto en el

punto 2.3.3.1 del trabajo que denominamos *El Tribunal Fiscal y un caso fuerte*. Puede tratarse todo esto entonces de la aparición de un pequeño Cisne Blanco.

2.4 Antecedentes del estudio

La revisión y análisis de los trabajos realizados por diferentes investigadores nos ha llevado a seleccionar como relevantes a los que presento a continuación. El criterio ha sido necesariamente flexible pues al ser un tema controversial nuevo, creo que con lo realizado se pueden apreciar impactos desde el derecho administrativo, el derecho de comercio internacional, el derecho aduanero y la gestión pública el peligro de que por una norma de menor grado se distorsione el sentido de legalidad al imponerse sanciones a los operadores aduaneros.

2.4.1. Tesis realizada para la PUCP

Aquí se trata de la Tesis realizada en enero del 2016 por Gonzalo David Gamarra Podbrscek, para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ésta lleva por título: *“Las sanciones aduaneras como medidas restrictivas del comercio: una revisión a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”*¹³²

Asimismo, en síntesis podríamos decir que el investigador concluye en la tesis que:

- i) “...La normativa andina reconoce el derecho de dichas autoridades (aduaneras) de los Estados miembros de la CAN. La normativa andina reconoce el derecho de dichas autoridades para el desempeño de sus funciones de

¹³² Ver <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9871> (2017)

acuerdo con las legislaciones nacionales. Sin embargo, tal derecho tiene un límite en el sentido que no puede ser ejercido de manera que implique la imposición de una restricción al comercio en violación al principio de libre circulación de mercancías, desarrollado y protegido en dicho Acuerdo.”

ii) “Las sanciones aduaneras, tales como las multas o las propuestas de multas emitidas por las autoridades aduaneras de los Países Miembros de la CAN pueden tener un efecto restrictivo del comercio. Es en este contexto que tales sanciones pueden constituir una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas contraria al principio de libre circulación de mercancías del Acuerdo de Cartagena. La normativa europea, como fuente de inspiración en la CAN, y la jurisprudencia del TJUE, desarrollada en el célebre caso Dassonville, sirven de sustento para este análisis.”

iii) “La calificación de la sanción aduanera o la propuesta de sanción como medida restrictiva al comercio requiere de un análisis de la proporcionalidad de las mismas: si se verifica la proporcionalidad entre el objetivo que busca alcanzar la norma aduanera que fija la sanción y la sanción impuesta, la medida no será contraria al Acuerdo de Cartagena; por el contrario, si es desproporcional esta relación objetivo de la norma/sanción, constituirá una medida incompatible con dicho Acuerdo”.

**2.4.2. Tesis realizada para la Escuela de Post grado de la Universidad
San Martín de Porres**

Se trata de la Tesis realizada en el 2019 por Andrea Natalie Tejada Mendoza, para obtener el grado académico de Maestra en Derecho del Trabajo en la Universidad San Martín de Porres. El trabajo lleva por título: *“La falta de atención al principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador vulnera la facultad disciplinaria sancionadora de las instituciones públicas”*.

Aquí la autora advierte deficiencias en la aplicación normativo-descriptiva del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador; básicamente porque el sistema permite salir del sentido de *numerus clausus* que le es propio e ir por abrirse a demasiada discrecionalidad al funcionario y propone más regulación, posición con la cual no necesariamente nos encontramos de acuerdo, pero rescatamos la puesta sobre la mesa del tema de la discrecionalidad, y lo siguiente. Algo importante es que aporta a la definición del principio cuando refiere a la proscripción de interpretación extensiva o analogía en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos. “Entendiéndose, como interpretación analógica: en la extensión de una norma jurídica que regula un hecho a otro semejante no previsto en ella. Y como interpretación extensiva: en que el hecho fáctico se encuentra en la ley pero en forma ambigua.” Proponiendo como adecuado remedio la redacción puntual y precisa de la acción pasible de sanción, esto ayuda en el análisis como veremos.

2.4.3. Tesis realizada para la Universidad Nacional Federico Villarreal.-

Aquí se trata de la Tesis para optar el grado académico de doctor en derecho realizada el año 2016 por Percy Hugo Quispe Farfán a quien se puede considerar en el medio como renombrado experto en materia aduanal.

Su trabajo se titula “Situación Socio jurídica de la importación para el consumo”¹³³ y llega a abordar pragmáticamente, en base a encuestas puntuales, la existencia de una realidad *underground* sobre la base a lo que él denomina “integraciones verticales” –léase prebendas indebidas- en la competencia surgida entre depósitos temporales y las líneas navieras para la gestión logística de mercancías cuyos titulares quedan a merced de esa suerte de autogenerado mercado persa, totalmente distorsionante del modelo del Point of arrival original contemplado en las negociaciones del TLC y que, quiérase o no, corresponden al marco legal aduanero vigente en el Perú.

2.4.4 Tesis realizada para la Universidad Señor de Sipan.-

En esta tesis de pregrado denominada “Plan comercial para mejorar el costo/beneficio al importador peruano en un depósito temporal marítimo del Callao, 2016-2018”, elaborada para optar el título profesional de licenciado en negocios internacionales por Daniel Isaac Reaño Castillo (2019)¹³⁴ básicamente trata el autor sobre desarrollar las bases para implementar un plan comercial para los actuales operadores de depósito temporal y donde podemos apreciar que entre las debilidades percibidas para el manejo de almacenes se tienen situaciones que denotan distorsión e inequidad en el mercado como:

(...)

- Falta de espacio en almacén (m2) para crecer.
- Altos costos en mantenimiento, recursos humanos, mantenimiento, infraestructura, Finanzas, etc.

¹³³ Ver en <https://es.scribd.com/document/346960216/Tesis-Doctoral-Completa-de-Percy-Hugo-Quispe-Farfan> (2016, p. 77 ss)

¹³⁴ Ver en <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/5537> (2019)

- El precio de venta del servicio es elevado tanto para importaciones como para *exportaciones*.
- *Outsourcing* del servicio de transporte de carga es costoso.
- No contar con el total de la zona de contenedores con piso asfaltado.
- Algunos depósitos ofrecen 30 días libres no retroactivos de almacén al importador y exportador.
- Vulnerabilidad del sistema informático.
- Cambios en la política de gobierno, nuevas leyes.¹³⁵
- -Ingreso de un nuevo competidor en el mercado” (...)

No resulta poco llamativo este último punto pues la norma debe promover la competencia sana para un adecuado estado de cosas, pero la progresiva distorsión legal del *punto de llegada* por parte de SUNAT no lo permite. Bueno, ¿Y qué de las fortalezas del plan comercial del tesista? Rescato una: “Ser parte del grupo Romero”¹³⁶. Increíble, pero no deja de ser interesante que se recoja aunque sea de manera involuntaria síntomas mercantilistas en enfoques que pretenden ser propositivos, sin éxito por cierto.

En el caso que nos convoca y el mercantilismo no podemos especular sobre el costo de implementar el Punto de Llegada en su original sentido logístico, obviamente oneroso al tratarse de puertos, aeropuertos y terminales terrestres hub; pero, lo que en efecto podemos percibir es que la no implementación de esa infraestructura mayor ha tenido frenos al extenderse legalmente el periodo de vida de los Almacenes aduaneros y depósitos temporales en contra sentido del espíritu de la ley –entendida

¹³⁵ En este aspecto podemos decir que lo que el tesista percibe como amenaza podemos complementarlo al afirmar que en si de lo que se trata es de la inobservancia de las leyes.

¹³⁶ Pág. 59.

ésta en el marco del TLC con EEUU y las leyes aduaneras con sus respectivas modificatorias-.

2.4.5. Tesis realizada para la Universidad César Vallejo

El presente trabajo más que interesante realizado por María Belem Vega Palomino denominado “Interpretación jurídica de la norma de infracciones y sanciones aduaneras dentro del marco de los principios del derecho administrativo sancionador, Callao 2018” permite ingresar al análisis de la deficiencia mostrada por parte de la administración aduanera en la aplicación de la facultad de fiscalización sin observancia adecuada del principio de legalidad. Cuasi literalmente concluye, por ejemplo, que en referencia a ciertos criterios, la Intendencia Jurídica Aduanera, a la sazón un estamento de menor nivel, o de consulta, y que debería ser meramente referencial, en la práctica adquiere un efecto vinculante fuerte pero no razonable y desproporcional. Del mismo modo ya esboza algo que nosotros deconstruimos en más detalle como el desapego a los principios generales contenidos en el procedimiento administrativo general (Ley 27444) en tanto norma supletoria por parte de SUNAT, por lo que finalmente no aplica correcta ni legítimamente una sanción a los Operadores de Comercio Exterior.¹³⁷

2.4.6. Tesis realizada para la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal

Este trabajo de investigación denominado “La Gestión de Riesgo como estratégica en el control de las importaciones de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao”, que sustentó satisfactoriamente Hugo Arturo Valverde Montesinos¹³⁸ el grado de Doctor en Administración

¹³⁷ Vega dice que: “...a nivel de Comercio Exterior y de la Operatividad Aduanera, no se han delimitado correctamente criterios que sustenten, ante la aplicación de una infracción sujeta a sanción al administrado...”(Vega Palomino, 2019, p. 36)

¹³⁸ Ver (Valverde Montesinos, 2019, p. 100 ss)

permite un diagnóstico de la denominada Gestión de Riesgo aduanero en los parámetros convencionales medibles por ejemplo con el método de Likert, pero no se pronuncia respecto de los factores de riesgo que se pueden potenciar al obviar la Administración un defecto normativo sancionatorio, en otras palabras cuando la norma reglamentaria es confusa como el caso que abordamos en nuestra tesis.

2.5. Bases teórico científicas del estudio

En el objeto del presente estudio veremos que se vulnera el lenguaje normativo dado que remitiéndonos a la Teoría General del Derecho de Norberto Bobbio, éste nos recuerda que la norma jurídica, formalmente, estructuralmente, tiene sentido como proposición prescriptiva integrada por palabras con significado entre si y coherencia de validez, configurando lo que se identifica como lenguaje normativo.¹³⁹

2.5.1 Investigación científica y método.-

Karl Popper en su *Lógica de la investigación científica* nos dice que la probabilidad de la hipótesis suele considerarse un mero caso especial del problema general del enunciado al que, a su vez, se tiene por el problema de la probabilidad de un evento, sujeta a refutación de algún enunciado singular. También señala que los enunciados básicos tampoco son deductibles de enunciados universales solos¹⁴⁰. Se trata de la eventual falsación. Falsación al fin y al cabo de alguna premisa de apariencia eventualmente poderosa que permitirá establecer parámetros flexibles en la formulación finalista de hipótesis en la investigación para corroborar empíricamente los resultados; esto es más que evidente en las propuestas

¹³⁹ Ver (Bobbio, 1999, p. 40 ss).

¹⁴⁰ Ver (Popper, 1962, p. 234 ss)

de corte sociológico, tal cual pretendemos esbozar como importante frente en el presente documento.

Por otra parte, apartándose del escepticismo que sobre el inductivismo tenía el proceder popperiano para la corroboración de una teoría en base a hipótesis, Jorge Olvera en *Metodología de la investigación jurídica*¹⁴¹ para teorías de corte sociológico admite la posibilidad investigativa de aproximaciones tanto en un orden cuantitativo como cualitativo. Nosotros no llegamos a tanto pero lo que si hicimos en el presente trabajo es simplificar el tema metodológico orientándonos en lo que autores como Wilker Velázquez, Larios Velasco¹⁴², como se aprecia en el desarrollo, en adoptar un esquema cualitativo con aplicación del método sistemático que “considera que la validez de una norma siempre está en otra norma, nunca en un hecho. El derecho es un conjunto de normas o un sistema, y no se puede captar la atención a una norma aislada”.

2.5.2. Epistemología en nuestra investigación jurídica.-

Emprendimos y fuimos madurando una investigación dentro el ámbito sociológico jurídico con matices vinculados al derecho administrativo sancionador. A su vez la materia aduanal que obviamente sostiene una institucionalidad de connotación internacional, todo ello en el contexto del comercio mundial, pues ya teniendo a estas alturas una regencia orientada por la globalización como fenómeno económico irreversible¹⁴³, tras, o respecto del cual, varios pasos atrás, el derecho

¹⁴¹ Ver (Olvera García & ProQuest, 2015, p. 84 ss)

¹⁴² Según nos recuerda García Fernández en (García Fernández, 7, p. 452)

¹⁴³ El Fondo Monetario Internacional (FMI) define a la globalización como una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada de generalizada tecnología (Martino, 2010, p. 315) .

debe adecuarse y aportar positivamente –en el mejor sentido del término– a ese *estado de naturaleza* de John Locke por el cual, en palabras de Nozick, los individuos se encuentran en “un estado de perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus posesiones y personas como juzguen conveniente...”¹⁴⁴ En este punto viene a nuestro razonamiento que se produjo cierta instrumentalización de un enfoque praxeológico¹⁴⁵ de esa tónica del derecho administrativo sancionador en materia aduanal y ello porque las relaciones de comercio exterior entre agentes económicos requieren ser entendidos en un marco liberal no mercantilista, de cuyo también podemos validar con una ética comercial subyacente –que ciertamente no es desarrollado a profundidad en el presente estudio, pero del cual rescataremos matices importantes– y esa idea se plasma en el enfoque del control aduanal en los procesos de integración comercial de nivel global.

Por otro lado, coincidiendo con Sánchez Espejo, hemos confeccionado un marco teórico que permita entender la investigación actualizada pero en lo posible teniendo básica relación con avances de estudios previamente realizados que puedan generar el establecimiento de elaboraciones propias para un tratamiento mejor del problema planteado (Sánchez Espejo, 2015, p. 135 ss). Ciertamente la tarea no ha sido sencilla pero se ha logrado determinar un problema de vacío jurídico que debe ser abordado de manera célere de lo contrario se va a mantener primero una suerte de *interregno* en el criterio aplicable en materia sancionatoria administrativa, y luego, por efecto de la naturaleza administrativa sancionatoria aduanera un efecto explosivo y en cadena

¹⁴⁴ Ver (Nozick, 2014, p. 23)

¹⁴⁵ Nota: Siempre tratando de evitar cualquier uso y abuso de la llamada lógica informal como la que nos evoca Asti Vera y Ambrosini (2009, p. 75) en la llamada por los latinos *argumentum ad verecundiam* o argumentación de autoridad por ejemplo, al referirse a la entidad burocrática aduanera, como entidad infalible en sus decisiones administrativas.

de puniciones a Operadores aduaneros (OCE y OI involucrados), situación la cual abordaremos en el acápite siguiente.

Para definir el marco teórico en el aspecto conceptual podemos afirmar filosófica y epistemológicamente nuestro estudio en lo que la doctrina reconoce a nivel jurídico como de corte *positivista* en cuanto al tratamiento de la sanción administrativa injusta. En esa orientación por ejemplo Calsamiglia sobre la ciencia como objeto de la filosofía del derecho pone en relieve a la dogmática. Pero por otro lado, en el sentido práctico –aparente- la dogmática a veces no alcanza para resolver los problemas importantes de la sociedad, pero ello es irrelevante pues la ciencia solo plantea problemas que se pueden solucionar dentro de su marco.(Calsamiglia, 1986, p. 13 ss).

Por otro lado, a efectos de abordar los efectos de la problemática eventualmente en el plano constitucional, como bien apuntaba Zagrebelsky, el de la doctrina líquida, en función a los aforismos *pactum societatis* y *pactum subiectionis* debe visualizarse la función principal de las constituciones modernas fijando los presupuestos de la convivencia entre los pertenecientes a un mismo círculo humano. Entre ellos, creo el que nos atañe en materia sancionatoria con lo dimanado de la *potestas* el de fijar “las reglas de ejercicio legítimo del poder público: principios y reglas puestas, una vez por todas, fuera, antes bien, por encima de la cuestión política.(Zagrebelsky & Marcenò, 2018, p. 40). Este autor entiende que la Constitución y sus principios son la manifestación más alta del Derecho positivo, no del Derecho Natural, y, sin embargo, la

interpretación de la Constitución nos conduciría a una auténtica Filosofía del derecho¹⁴⁶.

Ello en consecuencia a que un auténtico enfoque positivista , en palabras de Prieto Sanchis, aceptado por el ius naturalista, se reduce a afirmar que “el Derecho es el Derecho puesto, aquel que se compone de una serie de acciones o prácticas de los miembros de una sociedad”, es decir, es un producto social, siempre (Prieto Sanchís, 2016a, p. 320) . La cuestión es recurrente ¿puede pasar inadvertida la necesidad de reformular la normativa aduanera administrativa para el logro del componente teleológico de la facilitación de comercio? La respuesta que se hace evidente es negativa.

2.5.3 Teoría de la Sanción Administrativa

2.5.3.1 Origen

La potestad sancionadora administrativa es monopolio del estado. Entonces podemos iniciar con lo que manifiestan Pereira Menaut y Pereira Sáez sobre la naturaleza de las relaciones entre estado y derecho cuando afirman que: “...sea lo que sea el derecho, no depende demasiado de que estemos bajo un estado, un reino medieval o un clan céltico, lo que sólo es cierto en lo que se refiere a lo más esencial del derecho, como pagar las deudas o no condenar sin juicio previo” (Pereira Menaut & Pereira Sáez, 2016, p. 354). El presente estudio entonces forma parte de una búsqueda de una teoría de la sanción administrativa positivista y lo que la doctrina construye en autores como el español Luciano

¹⁴⁶ Ver en : Martínez Martínez, Faustino. (2005). Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), 156 págs. Revista de estudios histórico-jurídicos, (27), 630-635. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552005000100073> . Creo que en ese artículo además no solo describe el sentido del Derecho dúctil como es el ir hacia una auténtica filosofía del derecho posición que no consideramos exista en puridad, pero rescato el enfoque por interesarse en esa búsqueda.

Parejo Alfonso quien, desde la realidad española, identifica la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa.

Dice al respecto que:

“...se concluye que no se trataría de la sujeción del ejercicio de todas las manifestaciones positivas de la potestad sancionadora a un único y rígido marco legal, toda vez que el objeto de cada política pública articulada en forma de programa administrativo que se valga de dicha potestad imprime de suyo en dicho objeto su impronta y es necesario que así sea. Pero precisamente esa inevitable diversidad tipológica demanda un régimen fundamental común de ejercicio construido desde ella, disciplinándola solo en lo necesario, especialmente en función del doble criterio de las repercusiones que la correspondiente sanción tenga en la esfera jurídica del ciudadano afectado y de la trascendencia de la culpabilidad en la apreciación de la infracción.”

Sin olvidar que este mismo autor inclusive propugna el necesario cuestionamiento de la sanción como manifestación de un inexistente *ius puniendi* del Estado en base a lo que él reconoce como una cuestión perteneciente al plano de las garantías pero adolescente de indefinición respecto de los parámetros del derecho penal¹⁴⁷. Ergo, por el lado de la doctrina alemana Rodríguez Sánchez en un más que interesante *paper* denominado

¹⁴⁷ Ver artículo publicado en <http://laadministracionaldia.inap.es> Revista del Ministerio de Política Territorial y Función Pública del Gobierno de España. Edición 22/09/2016.

“*Hacia una teoría general de la potestad administrativa sancionadora: Soluciones en el derecho alemán*”(Rodríguez Sánchez, 2016, p. 220 ss), que podemos considerar en el análisis relativamente lato, en referencia al principio de legalidad como componente del derecho administrativo sancionador que percibe ostensible influencia del derecho penal, y por lo que : “uno de los aspectos más llamativos que caracterizan el procedimiento administrativo alemán en la imposición de sanciones es la provisionalidad de que goza siempre la decisión administrativa, a salvo siempre del control judicial último.” En todo caso la colombiana María Ramírez Torrado sobre la tipicidad en el derecho administrativo sancionador y su tratamiento en la Corte Constitucional resalta el enfoque correspondiente a la *lex certa* por el cual “el injusto administrativo debe realizarse a través de conceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de claridad y de modo inequívoco las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables”. Torrado sintetiza bien y nos trae la posición de la corte colombiana sobre cómo se debe entender esa certeza respecto del texto en cuestión, debiendo ser “preciso, lo cual significa que en él se incluya y determine con detalle, tanto la conducta como el castigo a imponer; de manera tal que no se presente duda sobre cuál es el hecho generador de reproche y cuál su respectiva sanción”¹⁴⁸ (Ramírez Torrado, 2011, p. 40).

2.5.3.2. Avatares del Principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador.

Aquí he de referirme al tema desde la óptica muy bien ilustrada del español Alejandro Nieto quien afirma se viene

¹⁴⁸C-796/2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

produciendo un progresivo deterioro¹⁴⁹ debido a que paradójicamente en su deconstrucción se han ido adhiriendo conceptos de derecho material bastante rígidos, desatándose lo que identifica como una particular polémica por la “igualdad ontológica” que no desentraña adecuadamente en la doctrina la diferencia entre el sustrato del ilícito penal con el ilícito administrativo. Sin embargo aporta mucho a la discusión cuando respecto de ese extremo sentencia: “...lo verdaderamente importante no es el régimen jurídico de los ilícitos administrativos (puesto que pueden variar inesperadamente al compás de los azares administrativos) sino la estructura interna y la finalidad de todo este sector del Ordenamiento. Y aquí es cabalmente donde en los últimos años ha encontrado el Derecho Administrativo Sancionador sus señas de identidad – en cuanto propias de él y sólo de él – al haber pasado de la represión a la prevención, del daño al riesgo y de la defensa de los derechos individuales a la protección de los derechos públicos, generales y colectivos. Proceso que se ha coronado con la consumación de un giro administrativo, es decir, con la afirmación del carácter administrativo sustancia –y no sólo como un rótulo verbal adosado a su nombre- de este Derecho” (Nieto, 2005, p. 199 ss). Sin embargo Nieto acusa que la amenaza persiste y que sería cuestión de tiempo el efecto implosivo desintegrador de dicha *sustancia* por motivaciones materiales de segundo nivel por lo que se pregunta si debería empezar a pensarse en “aceptar la existencia de varios Derechos Administrativos Sancionadores inequívocamente diferenciados entre sí”.

¹⁴⁹ En realidad utiliza el término *implosión*.

2.5.3.3. Nociones de una Teoría General de la Sanción

En esencia abordamos el tema con las *'ideas faro'* de autores como Prieto Sanchís para quien –si asimilamos la idea en materia de sanción administrativa a la sistemática aduanera- un sistema jurídico se unifica porque sus normas independientes son reconocidas, por esos órganos que recurren a un mismo aparato de fuerza diferenciada, y señala con acierto: “Hay, pues, tres elementos que se revelan como esenciales: la fuerza, que nos permite hablar de Derecho o sistema jurídico; la fuerza organizada en un aparato diferenciado, que nos permite identificar un sistema y diferenciarlo de otro; y la práctica de reconocimiento respecto de la actuación de determinados órganos revestidos de autoridad, que nos permite hablar de un sistema unitario (Prieto Sanchís, 2016b, p. 119 ss). Del mismo modo, siendo nuestro trabajo orientado a la sanción legal de orden administrativo es importante no enervar el orden constitucional propio de un Estado constitucional de derecho - menos aún en materia aduanal -. Zagrebelsky por ejemplo observa que la ley puede ser instrumento de prepotencia pero lo deseable es que la normatividad “sea funcional a una sociedad regida por estructuras normativas coherentes, pacificadoras y justificables (Zagrebelsky & Marcenò, 2018, p. 253 ss)” . Y, como no traer a colación lo que dice Pacori respecto de la cotidianeidad del tema de la indefensión ciudadana en la aplicación de dichas normativas, que dicho sea de paso motiva la presente investigación :

“...El derecho administrativo no se queda en el plano teórico sino que desciende a la vida diaria (es práctico) para solucionar problemas de los

Ciudadanos con el Estado. A diario los funcionarios y servidores públicos del Estado aplican normas administrativas para tratar de solucionar de buena o mala manera la gestión pública del Estado. La falta de conocimiento por parte de los ciudadanos hace que los atropellos a sus derechos sean más recurrentes...” (Pacori, 2019, p. 18 ss)

Centrándonos en la tónica aduanera Juan P. Cotter nos refresca la teorización y su inmanencia internacional contenida en el Convenio Internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros de Kyoto, en su Anexo H.2¹⁵⁰, que define a las infracciones aduaneras como cualquier vulneración o tentativa de vulneración de la legislación aduanera, pero dejando a salvaguarda la potestad de cada país suscrito de determinar las infracciones aduaneras así como la gravedad e intensidad de las sanciones, agregando algo interesante, el que la autoridad deberá considerar los antecedentes de los sujetos pasibles de sanción. En síntesis la teoría punitiva a nivel primario concede asumir la tentativa y los antecedentes como equivalencia a la reincidencia, que genera el esquema sancionatorio en secuencial vigente en el esquema administrativo sancionador peruano y de la mayoría de países integrantes de la OMA y que se puede considerar como una suerte de secularización de la tentativa y reincidencia propios de la actual dogmática penal material. Sin embargo lo más interesante –y que paradójicamente cae como anillo al dedo a la discusión a la cual pretendemos aportar aquí- Kyoto determina

¹⁵⁰ Ver el Convenio de Kyoto Revisado, Anexo Específico H, Capítulo I, Normas 23, 24 y 25 (Mojica, 2019, p. 750)

que “cuando se acredite que una infracción se ha cometido como una consecuencia de un acto de fuerza mayor u otras circunstancias que no puedan ser controladas por la persona implicada y no haya pruebas de negligencia o intención fraudulenta de su parte, no se aplicará sanción alguna en la medida en que se demuestren tales actos a entera satisfacción de la aduana.”

Así las cosas, en el desarrollo de la investigación, por ejemplo ante lo señalado por Kyoto, en cuanto a la indefensión en la que queda el administrado en materia de derecho administrativo en general y en especial en el sancionador de matiz aduanal relativo al Punto de Llegada y los operadores aduaneros involucrados, nos permitirá reflexionar sobre la actual implementación en el sistema de lo propuesto en la CKR. Lo contrario implica subvertir el precioso principio de presunción de licitud por parte de la administración.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

Para la presente investigación postulamos y desarrollamos la siguiente:

Es necesario dejar sin efecto las infracciones administrativo aduaneras de retiro de mercancías del Punto de Llegada sin autorización de levante, a los OCE y OI porque se incumpliría con el principio constitucional de tipicidad afectando la Seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico aduanero.

3.1.2. Hipótesis específicas

3.1.2.1. Hipótesis Específica Uno

La naturaleza jurídica de las sanciones administrativo-aduaneras imputadas a los OCE y OI por el retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de Llegada no está correctamente aplicada.

3.1.2.2. Hipótesis Específica Dos.-

Es necesario argumentar la necesidad jurídica de dejar sin efecto las sanciones administrativo-aduaneras, imputadas a los OCE y OI involucrados, por retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de Llegada al afectarse la Seguridad jurídica.

3.2. Variables e indicadores

3.2.1. Identificación de la Variable Independiente: (HPx)

Necesidad de dejar sin efecto infracciones administrativo-aduaneras por retiro de mercancías sin autorización de levante.

Indicador: (X1) Potencialidad de sanciones aplicadas a los Operadores por parte de SUNAT.

3.2.2. Identificación de la primera Variable Dependiente (HPy):

Incumplimiento del principio constitucional de tipicidad.

Indicador: (X2) Ilegalidad de la Tabla de Sanciones parte pertinente a Punto de llegada.

3.2.3. Identificación de la segunda Variable Dependiente (HPz)¹⁵¹:

Afectación de la seguridad jurídica.

Indicador: (X3) Distorsionada percepción del presupuesto procedimental sancionatorio.

3.3. Tipo de investigación

Elegimos epistemológicamente asumir la proposición de una investigación cualitativa pues, como bien apunta Lino Aranzamendi, la investigación cuantitativa no aporta mayormente al desarrollo de la ciencia jurídica a la vez que en esencia la investigación cualitativa permite conectar con las ciencias del hombre ¹⁵²en sus aspectos axiológicos, ontológicos y hermenéuticos por el que los hechos y fenómenos investigados requieren además de ser interpretados. Sin perjuicio de lo anterior, la presente intenta ser una investigación de carácter descriptiva pues centro mi atención en el análisis

¹⁵¹ Para lograr apreciar todo el esquema éste se puede ver en la Matriz de consistencia,

¹⁵² Ver (Aranzamendi, 2008, p. 155 ss)

dogmático de las características del conjunto de elementos relativos al manejo defectuoso de la tipicidad –cual institución constitucional- en el reciente derecho administrativo sancionador aduanero.

3.3.1. Por su finalidad

Investigación aplicada, dado que la investigación se encuentra direccionada a fundamentar con un esquema de argumentación válida la problemática que conlleva la forma de sanción administrativa con impacto negativo en el sub principio de tipicidad. La idea central es evitar la arbitrariedad de parte del Estado respecto del uso del *ius puniendi* a los operadores aduaneros involucrados.¹⁵³

3.3.2. Por el origen de sus fuentes

Método documental, el presente trabajo de investigación se ha realizado básicamente considerando material informativo a nivel dogmático y puro del derecho, Se ha recurrido a sustento argumentativo para el logro de fundamentar el criterio elemental de estudio sin olvidar cruzar información con un caso en proceso que reúne aspectos interesantes y pertinentes a nuestro enfoque propositivo.

3.3.3. Por el ámbito

Investigación dogmática.- El ámbito de estudio es de orden dogmático pues aborda el análisis de la problemática jurídica generada en materia de derecho administrativo sancionador aduanal, con alcance para el sistema normativo nacional.

¹⁵³ Dentro de lo que significa ir más allá de lo que implica una investigación básica o pura por la cual se busca ampliar conocimientos sobre un tema, Fernández Flecha -quien además tiene al derecho no como un fenómeno natural sino como un fenómeno cultural- precisa que la investigación científica aplicada “busca resolver un problema específico de la realidad”(Fernández Flecha et al., 2015, p. 12).

3.4. Línea de investigación

El presente trabajo se centra en el análisis de la actividad sancionatoria infraccional de la administración pública aduanera.

3.5. Diseño de la investigación.

Nos hemos centrado en un diseño de investigación no experimental y descriptivo – pues solamente pretendemos establecer características de un determinado fenómeno por lo que, se tiene que la investigación es descriptiva, por cuanto se pretenden encontrar determinadas características del fenómeno general.

3.6. Ámbito y tiempo social de la investigación

Con fines metodológicos, la problemática será delimitada en los siguientes aspectos:

A. Delimitación espacial:

El presente estudio se ha desarrollado a nivel de Tacna, con la particularidad de que las conclusiones se pueden imprimir a la generalidad de OEAs del Perú involucrados (Operadores de Comercio Exterior y Operadores Intervinientes), pero con énfasis en la jurisdicción de la Intendencia de Aduana de Tacna.

B. Delimitación temporal:

El período que se utilizará como parte de la investigación, abarcará todos los años comprendidos desde la entrada en vigencia de la Ley General de Aduanas y modificatorias desde el año 2018.

3.7. Recolección de datos

3.7.1 Procedimientos

En la presente investigación se realizará el siguiente procedimiento:

- Encuesta para corroboración por Expertos.

3.7.2 Técnicas de recolección de los datos

La técnica que se aplicará para recolectar los datos materia en la presente investigación, es la técnica del “Análisis de Registro Documental” por lo que al tratarse de hipótesis de trabajo que genera variables de orden cualitativo se instrumentalizó una encuesta mediante la aplicación de Juicios de Expertos (3)

Es de anotar que lo que se solicitó a los expertos es validar la matriz de consistencia por medio de la pertinencia de la operacionalización de variables, lo cual permitirá ahondar en el estudio de la afectación del sub principio de tipicidad realizando la observación, análisis y contraste argumentativo requeridos para demostrar la hipótesis de trabajo.

3.7.3. Instrumentos para la recolección de los datos

Conforme al tipo de investigación y al diseño metodológico planteado en la presente investigación, el instrumento aplicado y utilizado para la recolección de los datos es la aplicación de análisis dogmático y doctrinal

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Procesamiento de los datos y presentación de la Información

4.1.1. Regla de reconocimiento complejo de H.A. L. Hart.

A efecto de realizar la verificación del postulado central de nuestra investigación y base argumentativa, corresponde establecer una verificación de acuerdo con herramientas lógicas para lo cual procedemos a aplicar la regla de reconocimiento complejo sobre validez de H.A.L. Hart respecto de la normativa sancionatoria en cuestión, pues “...una legislatura que no está sometida a limitaciones constitucionales, y tiene competencia para privar de todas las otras reglas emanadas de otras fuentes de su *status* jurídico es parte de la regla de reconocimiento de tal sistema que la sanción de aquella legislatura constituye el criterio supremo¹⁵⁴ de validez.”, por lo que:

- a. Establecemos como Norma Primaria trascendente a la Constitución Política del Perú (NP, C.).
- b. Establecemos como Norma Secundaria la Ley General de Aduanas el Decreto legislativo N°1053, marco legal nacional (NS, D.Leg. 1053).

¹⁵⁴ El criterio de validez supremo se da cuando es de una naturaleza constitucional más potente.

- c. Establecemos como Norma Secundaria el Decreto Legislativo N° 1433 que modifica la LGA y específicamente introduce la sanción relativa al Punto de llegada (NS, D. Leg. 1433).
- d. Se puede establecer como Norma Secundaria el D.S. 418 – 2019 EF que aprueba la Tabla de infracciones previstas en la Ley General de Aduanas. Debiendo acotar que la Tabla fue modificada por el D.S. 169-2020 EF.

4.1.2. Aplicación del modelo de Toulmin

Hay que hacer la salvedad de que esto servirá como parámetro para el funcionario o magistrado -eventualmente- encargado del control difuso en el momento de resolver controversias sobre la preeminencia entre la LGA y el D.Leg. 1433 que imbrinca actualmente las sanciones referentes al Punto de llegada.

Nos sirve instrumentalizar la posición del profesor Stephen Toulmin a efectos de validación de las tesis en un sentido ilógico, o, si se quiere, fuera del silogismo tradicional, al considerarlo limitativo, recurriendo a la argumentación desde una perspectiva más incluyente de postulados de orden sociológico como pragmático.¹⁵⁵

La tesis establece entonces como ASERSIÓN que las sanciones a los OCE y OI involucrados al Punto de llegada afectan el principio constitucional de tipicidad. La EVIDENCIA entendida como la información verificable la

¹⁵⁵ El interés de Toulmin simplemente se dirige a responder las siguientes preguntas: “¿Cómo se deben apoyar las tesis con razones? ¿Cómo se deben evaluar esas razones mismas? ¿Qué hace que algunos argumentos, tales como las líneas de razonamiento, sean mejores y otros peores?...” (Toulmin, 2018, p. 33)

hemos encontrado en las sanciones –así como potencialidad de sanciones, por efecto de la potestad de fiscalización posterior de SUNAT - a dichos operadores a nivel de Derecho administrativo sancionador aduanero. La conexión de esos dos elementos con un CUALIFICADOR MODAL para establecer una base argumentativa con la estructura concreta viene a ser la afectación potencial del Principio de tipicidad ocasionando equivocidad.

La GARANTÍA según el modelo de Toulmin (Toulmin, 2018, p. 82 ss) es la regla que apoya la asersión de conocimiento de situaciones observadas y en nuestro caso no hay duda que las sanciones contenidas en la LGA y Tabla de infracciones y sanciones respecto de los OCE y OI involucrados al Punto de llegada se encuentran erróneamente tipificadas. Por último el RESPALDO viene a estar apoyado en las opiniones calificadas favorables de tres expertos en materia de Derecho internacional, Derecho administrativo sancionador y de Filosofía del derecho, ámbito dogmático.¹⁵⁶

4.1.3. Tabulación del resultado de Opiniones de expertos.

Tal como se muestra resumidamente en el cuadro de tabulación de variables cualitativas que se presenta en el Anexo III se procedió a remitir copia del proyecto de tesis a tres expertos con el resultado siguiente:

4.1.3.1. Experto N°1 Juan Carlos Valdivia Cano*

*Doctor en derecho, docente de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa /Materia de dictamen: Dogmática jurídica.

¹⁵⁶ La RESERVA se configura con algún contraargumento que por ejemplo viene planteando la administración tributario aduanera al otorgar según sendos informes de Intendencia Nacional Jurídica el Punto de llegada es Zona primaria aduanera y esa condición es equiparable en el caso del Punto de llegada con los Almacenes aduaneros y/o terminales de almacenamiento.

Analizó las variables “x” (independiente), y, “y” (dependiente) de la Hipótesis Principal , así como la variable “x”(independiente) de la Hipótesis Específica dos, concluyendo que cumplieran en buen grado los parámetros de claridad, objetividad, consistencia, coherencia, pertinencia y suficiencia, dejando como observación: “...las conductas ‘medibles y observables’ no se refieren a disciplinas prescriptivas y valorativas como el derecho sino a cierto tipo de ciencias de disciplinas cognitivas.”

Como se aprecia la observación va orientada al concepto abstracto de sanción, más relacionado al acervo epistemológico como sociológico, siendo el resultado del puntaje alcanzado (26) óptimo y las variables validadas.

4.1.3.2. Experto N°2 Marcos Alberto Lipa Portugal*

* Magister; Secretario Técnico Jefe de la Oficina de INDECOPI- Tacna/ Materia de dictamen: Derecho administrativo sancionador.

Analizó las variables “x” (independiente), y, “y” (dependiente) de la Hipótesis Específica Uno de manera integral (claridad, objetividad, consistencia, coherencia, pertinencia y suficiencia). Sin observación, siendo el puntaje alcanzado (30) óptimo y las variables validadas.

4.1.3.3. Experto Eric Nolberto José Moncayo Castillo *

*Doctor en educación, magister en derecho y master en comercio internacional (Chile- EEUU). / Materia de dictamen: Derecho de comercio internacional.

Analizó la variable “y” (dependiente) de la Hipótesis Específica Dos de manera integral (claridad, objetividad,

consistencia, coherencia, pertinencia y suficiencia). Sin observación, siendo el puntaje alcanzado (30) óptimo y las variables validadas.

4.2. Resultados.

Óptimo y cualitativamente validado.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Al realizar una mirada al trabajo del profesor Barón Barrera sobre la *Transformación del derecho administrativo en derecho económico* quedamos convencidos de la trascendencia del presente aporte. En el enfoque que Barón Herrera proporciona sobre la necesidad de otorgar una mirada dinámica al derecho administrativo como parte importante de la teoría del derecho así como de la teoría económica tenemos el punto de inicio claro de la dinámica futura en materia sancionatoria cuando señala que:

“El derecho de los servicios públicos tiene una definición, fundamentos constitucionales, un régimen jurídico y la relación economía derecho.” (Barón Barrera, 2016, p. 63)

Ante ello, ciertamente nos encontramos ante una situación conflictiva entre el sustrato del derecho administrativo sancionador en cuanto a la objetividad o subjetividad de la materia sancionable. El segundo aspecto que debe quedar claro para el debate que iniciamos en el presente trabajo es la incertidumbre tal cual lo dicen diversos autores, pero me quedo con la visión de Gloria Viacava en el aspecto constitucional pues ella es quien afirma que “...la potestad sancionadora administrativa del Estado peruano no cuenta con una regulación constitucional explícita, sin embargo, su ejercicio ha sido delimitado gracias a las pautas establecidas por el órgano encargado de la interpretación constitucional” (Viacava Paredes, 2019, p. 104). La pregunta es si esto resulta suficiente y, sin embargo, no hay respuesta inmediata para esa cuestión. Lo que sí podemos detectar es que se viene generando impacto negativo por ejemplo en materia de precedente administrativo respecto de efectos jurídicos. Si vemos el simil en el modelo español que resume Díez Sastre cuando señala que El hallazgo de uno o varios precedentes

administrativos (en sentido opuesto a la solución de un caso actual) se considera suficiente para denunciar, entre otras, la vulneración por la Administración del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley” (Díez Sastre, 2008, p. 25) . Entonces, si procedemos a realizar un vistazo a los problemas que se acarrearán en materia de derecho administrativo sancionador, podemos decir en función a la práctica forense que estos son de diversa índole y en diversas materias se recogen a escala internacional. Por ejemplo Rosa F. Gómez González en el caso chileno –vale decir, caso muy similar al nuestro- señala, refiriéndose a la falta de un enfoque central y racional en la materia del derecho administrativo sancionador- que :“La construcción del derecho administrativo sancionador en Chile se ha realizado a partir de una serie de interpretaciones jurisprudenciales y aportes doctrinales; sin embargo, aún quedan por resolver algunas de sus problemáticas, derivadas fundamentalmente de la ausencia de una regulación general que supla los vacíos normativos existentes en las regulaciones sectoriales.” (Gómez González, 2019, p. 362)

Y en otro ensayo anterior denominado *The need for legal standards when establishing an administrative penalty*¹⁵⁷ (s. f., p. 531 ss) Gómez ya colegía de manera nítida que pese a haber pasado más de veinte años de jurisprudencia fallida uno de los aspectos escasamente investigados es el grado de discrecionalidad existente por lo que “...no está claro cuáles son los límites que debe de observar su ejercicio, sobre todo en aquella instancia en que la autoridad debe determinar el tipo de sanción aplicable y la intensidad de la misma”. Con lo que se puede percibir una suerte de zona gris y disenso jurídico sobre la eficacia de la sanción administrativa en el cual ciertamente se orienta la hipótesis del presente trabajo de investigación.

Volviendo a nuestro entorno, es el profesor español Gómez Tomillo quien en su interesante ensayo *Culpabilidad de las Personas Jurídicas por la Comisión*

¹⁵⁷ Nota: se puede traducir como “...*La necesidad de establecer estándares legales en el establecimiento de sanciones administrativas*”.

de Infracciones Administrativas y Programas de Cumplimiento, respecto de la situación constitucional,¹⁵⁸ nos informa que el Tribunal Constitucional peruano sostiene que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros básicos que no solamente se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador pero que el Tribunal Constitucional “no ha logrado delimitar qué debe entenderse por “principio de culpabilidad”(2017, p. 36 ss). El mismo autor refiriéndose al contenido de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹⁵⁹ acusa su insuficiencia evidente al afirmar que “la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”, situación jurisprudencial y legal evidentemente paradójica o contradictoria.

Entonces, el criterio en materia de sanción o si se quiere, de aplicación efectiva y justa del *ius puniendi* nunca quedó claro. Posiblemente el desmarque del tema penal no se hizo posible es materia pendiente. Investigando sobre la mejor lógica de aplicación de la potestad punitiva en materia administrativa por ejemplo encontramos un interesante Trabajo Académico de Cam Ramos en el que da cuenta de que existen dos criterios en pugna para la aplicación justa del *ius puniendi* en el procedimiento sancionador , los que vienen a ser: a) el régimen de responsabilidad objetiva del administrado y b) el “régimen” de responsabilidad Subjetiva (Cam Ramos, 2017) .

NIVEL DE AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA ADUANAL

A estas alturas es evidente que efectivamente se ha producido una afectación ostensible de orden negativo al sub principio constitucional de tipicidad en materia administrativa. Sin embargo el problema si bien es identificable con relativa

¹⁵⁸ En clara referencia al contenido de las sentencias recaídas en los expedientes 2250-2007 – AA/TC, 6343-2007-AA/TC, 1873-2009-AA/TC y 00156-2012-PHC/TC.

¹⁵⁹ Modificado por el D.Leg. 1272.

facilidad, al sostenerse la necesidad de dirimir la colisión entre la LGA y el sentido del principio constitucional de legalidad envolvente además del sub principio de tipicidad solo a nivel del Tribunal Fiscal dado que nos encontramos con que la STC N°3741-2004-AA/TC dispone con fuerza de precedente vinculante que “todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional, que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo;(2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

CONCLUSIONES PROPEDEÚTICAS

Primera.- Es necesario dejar sin efecto las infracciones administrativo-aduaneras por retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante a los OCE y OI¹⁶⁰ involucrados, porque se incumpliría con el principio constitucional de tipicidad.

Segunda.- También es necesario dejar sin efecto las sanciones administrativo aduaneras imputadas a los OCE y OI involucrados por el retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de Llegada, por afectarse la seguridad jurídica en el ámbito administrativo aduanal.

Tercera.- La figura legal del Punto de llegada en el Perú no alcanza la naturaleza jurídica de institución aduanera y deviene en una entelegalia.

Cuarta.- La concreción del proceso de sanciones –rectificadas o no- por la Tabla de Infracciones y Sanciones, respecto de los OCE y OI aduaneros involucrados en el retiro de mercancías “del punto de llegada” sin autorización de levante sin duda produciría una afectación de la prohibición de la *reformatio in peius* en la vía administrativa sancionadora aduanera.

Quinta.- Por razones logísticas no es posible que se puedan realizar operaciones de embarque o desembarque directamente desde un almacén aduanero, habida cuenta que, por lo general están ubicados a una distancia razonable de los puertos o aeropuertos, por lo que en este extremo se está partiendo de una falacia al pretender equiparar los almacenes aduaneros con la conceptualización originaria

¹⁶⁰ OCE= Operadores de Comercio Exterior; OI=Operadores Intervinientes.

del punto de llegada contenida en el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos

Sexta.- En la presente investigación se encuentran relacionados –vía afectación negativa- varios principios constitucionales que van desde el de Legitimidad, el sub principio de Tipicidad, el de Facilitación de comercio, el principio de Proscripción de la Arbitrariedad, de Libertad de empresa entre otros, por lo que afrontamos y requerimos superar aquí esa visión difusa sostenida aforísticamente por Ricardo Guastini y por la cual “una ley parece conforme a la constitución si es comparada con determinado principio constitucional, mientras que parece ser inconstitucional si es comparada con un principio diferente.

Séptima.- La responsabilidad punitiva que eventualmente siga sosteniéndose en contra de los Operadores de Comercio y Operadores Intervinientes respecto del supuesto de sanción administrativo aduanera que origina nuestra investigación deberá durar lo que la autoridad colegiada a nivel administrativo, contencioso administrativo o eventualmente constitucional demoren en resolver declarando su nulidad absoluta.

Octava.- La insuficiente técnica legislativa empleada respecto del esquema sancionatorio aduanero expuesto nos trae a colación el rol de SUNAT frente a los OCE y OI involucrados, como los últimos destinatarios de la normativa punitiva errática que rige al Punto de Llegada como figura legal. Era evidente que la LGA debía tener como contraparte que la Administración aduanera implemente adecuadamente el Punto de Llegada adecuando a los Almacenes temporales y terminales de almacenamiento al concepto original. Esto produjo lo que Bentham teorizó como ‘el favorecimiento negativo’ por el cual el estamento gubernamental termina otorgando írritamente un favor “in point of agency” que es, nada más ni nada menos, cuando se genera un favor consistente en la mismísima ausencia normativa para abstenerse de someter a alguien al vínculo de una regla.

RECOMENDACIÓN

La SUNAT debe considerar la declaración de nulidad de oficio respecto de todas las sanciones a OCE y OI generadas por aparente infracción relativa al *Punto de llegada* y generar en el marco normativo la eliminación del término.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (2016). *Lo racional como razonable: Un trato sobre la justificación jurídica*. Palestra Ed.
- Aguiló Regla, J., Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Iustel.
- Alarcón Sotomayor, L. (2008). *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.
- Alexy, R. (2016). *Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (3ra ed.). Palestra Editores.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores.
- Alpaca Pérez, A. (2015). *Delitos tributarios y aduaneros* (Edición Setiembre 2015). UBI LEX Asesores.
- Aranzamendi, L. (2008). *Epistemología y la Investigación Cualitativa y Cuantitativa en el Derecho*. Adrus.
- Aristóteles. (1875). *Tratados de Lógica (Organon) IV. Segundos analíticos*. *Biblioteca Filosófica, Medina y Navarro*, 8, 129.
- Asti Vera, C., & Ambrosini, C. (2009). *Argumentos y teorías. Aproximación a la Epistemología*. Educando.
- Atienza, M., & García Amado, J. A. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Ed.
- Ávila, H. (2013, junio 3). *Indicadores de seguridad jurídica* [Ponencia]. I Congreso Bienal sobre Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica, Girona.

- http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:P6XToEC3298J:www.publicacionestecnicas.com/cmsbook2/biblioteca/documents/LSUBCAT_1781/1372193333_H-avila.pdf+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi.
- Barón Barrera, G. A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico*. Ediciones de la U. <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/70277>
- Basaldúa Ricardo Xavier. (1988). *Introducción al Derecho Aduanero (Concepto y Contenido)*.
- Beling, E. von. (2002). *Esquema de derecho penal* (S. Soler, Trad.). Librería El Foro.
- Bengoetxea, J. (2015). *Neil MacCormick y la razón práctica institucional*. Grijley.
- Bobbio, N. (1999). *Teoría general del derecho* (Vol. 269). Temis.
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Ed. Uniandes [u.a.].
- Calle, M. L. (2014). *Los derechos fundamentales como normas jurídicas: Aproximación a la concepción semántica de norma de Robert Alexy*. Editorial Temis.
- Calsamiglia, A. (1986). *Introducción a la ciencia jurídica*. Ariel.
- Cam Ramos, J. M. (2017). *Aplicación del principio de culpabilidad en el procedimiento administrativo sancionador realizado por el Tribunal de Contrataciones del Estado* [Trabajo Académico, Pontificia universidad Católica]. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/11766?show=full>
- Carvajal Contreras, M. (2009). *Derecho aduanero*. Porrúa.
- Castillo Alva, J. L. (2013). *Proscripción de la arbitrariedad y motivación*. Grijley.
- Castro Loria, J. C. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador y Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica FPDP.
- Cervantes Anaya, D. A. (2013). *Manual de derecho administrativo*. Rodhas.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho: De Bentham a Kelsen* (F. F. Morales Luna, Trad.; Primera edición). Palestra Editores.

- Comisión Europea. (2014). *Comprender las políticas de la Unión Europea: Aduanas* (p. 12). Oficina de Publicaciones. http://europa.eu/pol/index_es.htm
- Convenio de Kyoto Revisado (CKR)*. (s. f.). Recuperado 30 de marzo de 2017, de <http://tfig.unece.org/SP/contents/revised-kyoto-convention.htm>
- Cosío Jara, F. (2012). *Comentarios a la Ley general de aduanas: Decreto legislativo no. 1,053* (Edición marzo 2012). Jurista Editores.
- Costa, J. (2000). *Teoría del hecho jurídico individual y social*. Comares.
- Costa y Martínez, J. (2017). *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendun y la costumbre*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). *La constitución como orden abierto*. MacGraw-Hill.
- Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo: Fundamentos y eficacia vinculante*. Marcial Pons.
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Editorial Comares.
- Durán Rojo, L., & Mejía Acosta, M. (2011). La Aplicación Conjunta del Código Tributario y la LPAG en los Procedimientos Tributarios. Particular Referencia a la Motivación del Acto Administrativo de Naturaleza Tributaria. *Derecho & Sociedad, XXII*, 235-246.
- Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Dworkin, R. M. (1977). ¿Es el derecho un sistema de reglas? (J. Esquivel, Trad.). *Instituto de investigaciones filosóficas UNAM, Cuadernos de crítica* 5, 54.
- El que obedece una ley injusta es cómplice de ella. (2020, octubre 7). [Youtube]. Antonio Escotado Espinoza. <https://www.youtube.com/watch?v=yuX3Etek-uE>
- Fernández Flecha, M. de los Á., Urteaga Crovetto, P., & Verona Badajoz, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho Vicerrectorado de investigación*. PUCP.
- Ferrajoli, L. (s. f.). *Epistemología Jurídica y Garantismo* (primera edición).

- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia 1. Teoría del derecho: Vol. I*. Editorial Trotta, S.A. <http://site.ebrary.com/id/10665087>
- Ferrajoli, L. (2016). *Principia iuris. 3. La sintáxis del derecho*,. Trotta.
- Ferrer Beltrán, J., & Battista Ratti, G. (2018). Una mirada positivista a los desacuerdos teóricos. *Discusiones*, 20, 305-336.
- Frías Caballero, J. (1994). *Capacidad de culpabilidad penal: La imputabilidad según el art. 34, inc. 1. del Código penal*. Editorial Hammurabi.
- Gamarra Podbrseck, G. D. (2017). “*Las sanciones aduaneras como medidas restrictivas del comercio: Una revisión a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* [Pontificia universidad Católica]. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9871>
- García Amado, J. A. (2019). *PONDERACIÓN JUDICIAL estudios críticos*. Zela Grupo Editorial.
- García Fernández, D. (7). *Metodologías: Enseñanza e investigación jurídicas: 40 años de vida académica homenaje a Jorge Witker* (J. H. García Peña, W. A. Godínez Méndez, & J. Witker, Eds.; Primera edición). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gómez Gonzalez, R. F. (s. f.). NECESIDAD-ESENCIALIDAD DE CRITERIOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 531-544.
- Gómez González, R. F. (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista Derecho del Estado*, 44, 361-384. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.13>
- Gómez Tomillo, M., Rebollo Puig, M., Tirado Barrera, J. A., Lara Bautista, J. L., Santy Cabrera, L. V., Rojas Montoya, N. C., García Cavero, P., & Alarcón Sotomayor, L. (2017). *Derecho Administrativo Sancionador* (Primera edición). Instituto Pacífico.
- González Bianchi, P. (2019). Error evidente, culpa y tipicidad en las infracciones aduaneras. *Revista de Derecho*, 20, 91-157. <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1873>

- Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos* (Vol. 8). Derecho Global Editores.
- Gutierrez Iquise, S. (2018). Alcances del principio de legalidad: Lex certa, lex praevia, lex scripta (Cas. 456-2012, Santa). *Pasión por el Derecho*, 1-12.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5. Ed). Trotta.
- Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (2007). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hayek, F. A. von. (2016). *Derecho, legislación y libertad: : Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Union Editorial.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal: Parte general. T. I: ...* (3. ed). Grijley.
- Ibáñez Marsilla, S., Moreno Yebra, F., Aguirre Cárdenas, C. F., Richardson Peña, D., Basaldúa, R. X., García Novoa, C., Rohde Ponce, A., Pardo Carrero, G., & Perilla Gutiérrez, R. (2019). *Derecho aduanero I: Vol. I*. Universidad de Rosario : Tirant lo Blanch.
- Ingenieros, J. (2013d. C.). *Criminología*. Daniel Jorro.
- Jakobs, G. (2002). *La imputación objetiva en derecho penal* (1. ed., 2. reimpr). Ad-Hoc.
- Jiménez Martínez, J. (2019). *Tipicidad y atipicidad*. Editorial Flores.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas* (H. C. Delory Jacobs, Trad.). Editorial Trillas, S.A. de C.V.
- Lagerspetz, E. (1997). *La normatividad del derecho* (A. Aarnio, E. Garzón Valdés, & J. Uusitalo, Eds.; 1. ed). Gedisa.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (2da. edición definitiva). Ariel.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* (J. Á. Gascón Salvador, Trad.; Primera edición). Palestra editores.
- MacCormick, N., Gascón Salvador, J. Á., & Vega, L. (2016). *Retórica y estado de derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*. Palestra Editores.

- Marciani Burgos, B., Sotomayor Trelles, J. E., & Cornejo Amoretti, O. L. (Eds.). (2020). *Justicia, derecho y mercado: Una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú* (Primera edición). ZELA.
- Marín Hernández, H. A. (2018). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano* (Primera edición). Universidad Externado de Colombia.
- Martino, A. A. (2010). *Lógica informática, derecho y Estado*. Fondo Editorial de la UIGV.
- Merton, R. K. (2013). *Teoría y estructura sociales*. Fondo de Cultura Económica.
- Mojica, P. O. (2019). *Derecho aduanero II: Vol. II*. Tirant lo Blanch.
- Monacelli, G. (1961). *Elementos de derecho administrativo*. Librería «El Ateneo» editorial.
- Morante Guerrero, L. E. (2017). *Derecho administrativo sancionador* (L. Alarcón Sotomayor & H. F. Rojas Rodríguez, Eds.; Primera edición). Instituto Pacífico.
- Moreira, M. M., Stein, E., & Inter-American Development Bank. (2019). *De promesas a resultados en el comercio internacional: Lo que la integración global puede hacer por América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Editorial Tecnos S.A.
- Nino, C. S. (2003). *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica* (3. reimp). Distribuciones Fontamara.
- Nozick, R. (2014). *Anarquía, estado y utopía*. InnISFee.
- OECD, P. (2019). *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú Estudios de caso 2014-16*. <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>
- Olvera García, J. & ProQuest. (2015). *Metodología de la investigación jurídica*. Editorial Miguel Ángel Porrúa.

- Pacori, J. M. (2019). *Manual Operativo del Procedimiento Administrativo General*. Ublex. www.ublex.com.pe
- Pardo Carrero, G. A. (2019). *Derecho aduanero I*. Universidad de Rosario : Tirant lo Blanch.
- Peces-Barba, G., Asís Roig, R. de, Fariñas Dulce, M. J., & Fernández, E. (2004). *Curso de teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Pereira Menaut, A. C., & Pereira Sáez, S. (2016). *Teoría General de la Política*. Rimay Editores.
- Pérez Luño, A.-E. (2007). *Dimensiones de la igualdad* (R. González-Tablas Sastre, Trad.; 2.^a ed.). Dykinson. <http://premium.vlex.com/permalinks/f2305>
- Polaino Navarrete, M. (2008). *El bien jurídico en el derecho penal*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Polanco, C. (2020). *Litigación oral civil*. Gaceta Jurídica S.A.
- Popper, K. R. (1962). *La lógica de la investigación científica* (V. Sánchez de Zavala, Trad.). Tecnos.
- Posner, R. A. (2013). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Prieto Sanchís. (2013). *Sobre principios y normas Problemas del razonamiento jurídico*. Palestra Ed.
- Prieto Sanchís, L. (2016a). *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2016b). *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta.
- Quispe Farfán, P. H. (2016). *Situación socio jurídica de la importación para el consumo* [Universidad Nacional Federico Villarreal]. <https://es.scribd.com/document/346960216/Tesis-Doctoral-Completa-de-Percy-Hugo-Quispe-Farfan>
- Ramírez Torrado, M. L. (2011). La Tipicidad en el derecho administrativo sancionador. *Revista Estudios de Derecho*, 68(151), 37-50.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho: Ensayos sobre derecho y moral* (2a ed). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del derecho*. Tecnos.

- Reaño Castillo, D. I. (2019). *Plan comercial para mejorar el costo/beneficio al importador peruano en un depósito temporal marítimo del Callao, 2016-2018* [Señor de Sipan]. <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/5537>
- Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L., & Bueno Armijo, A. (2005). Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 23-74.
- Richardson Peña, G. (2019). *Derecho aduanero II*.
- Rioja Bermúdez, A. (2016). *Constitución política comentada: Y su aplicación jurisprudencial* (Edición abril 2016). Jurista Editores.
- Rodríguez Sánchez, C. M. (2016). *Hacia una teoría general de la potestad administrativa sancionadora: soluciones en el derecho alemán*. 7, 201-232.
- Rojas, V. (2020). (Segunda parte) *El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad. Qué son y cómo aplicarlos?* [Portal Web actualidad jurídica PUCP]. IUS 360. <https://ius360.com/>
- Rosler, A. (2020). *La ley es la ley: Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. Katz editores.
- Sánchez Espejo, F. G. (2015). *La investigación científica aplicada al derecho*. Ediciones Normas Jurídicas.
- Santofimio G., J. O. (1994). *Acto administrativo* (2. ed). Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio G., J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo* (Primera edición). Universidad Externado de Colombia.
- Schauer, F. F. (2016). *Positivismos constitucional*. Palestra.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tecnos.
- Shapiro, S. (2014). *Legalidad*. Marcial Pons.
- Shavell, S. (2017). *Fundamentos del análisis económico del derecho*. 802. <http://biblio.icab.cat/cgi-bin/abnetopac/abnetcl.exe?ACC=DOSEARCH&xsqf99=107178.titn>.
- Sierralta Ríos, A. (2018). *El comercio internacional y su impacto en la cultura y el derecho* (Primera edición). Universidad ESAN.
- Taleb, N. N. (2016). *El cisne negro: El impacto de lo altamente improbable*. Paidós.

- Tarello, G. (2017). *El Realismo jurídico americano* (M. Troncoso, Trad.). Palestra Ed.
- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la Ley*. Palestra Ed.
- Teubner, G. (2002). El Derecho como sujeto epistémico:hacia una epistemología constructivista del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 88.
- Tomé, F. D. P. (2012). *La prueba en el derecho tributario*. Grijley.
- Toulmin, S. E. (2018). *Una introducción al razonamiento* (J. Gascón, Trad.). Palestra editores.
- Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2011). El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: Un estudio comparado. *Gobierno de España. Cuadernos de derecho público. INAP*, 28. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/783>
- Valverde Montesinos, H. A. (2019). *La gestión de riesgo como estrategia en el control de las importaciones de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao*. Federico Villarreal.
- Vega Palomino, M. B. (2019). *Interpretación jurídica de la norma de infracciones y sanciones aduaneras dentro del marco de los principios del derecho administrativo sancionador, Callao 2018*. César Vallejo.
- Velluzzi, V. (2017). *Las cláusulas generales: Semántica y política del derecho*. Zela Grupo Editorial.
- Veloso Giribaldi, N. (2019). REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO. 36, 69-84.
- Viacava Paredes, G. M. (2019). *Sanción tributaria y Constitución: Los principios constitucionales de la potestad sancionadora* (Primera edición). Palestra Editores.
- Von Oertzen de Araujo, C., & Panez Solórzano, J. C. (2014). *Semiótica del derecho*. Grijley.
- Weber, M. (2016). *Economía y sociedad* (3º). Fondo De Cultura Economica USA.

- Wróblewski, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho* (J. Igartua Salaverría & F. J. Ezquiaga Ganuzas, Trads.). Grijley.
- Yanten Cabrera, D. F. (2018). La concreción democrática del procedimiento administrativo. *Revista de derecho público*, 88, 133-165. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.50843>
- Zagal Pastor, R. (2008). *Derecho aduanero: Principales instituciones jurídicas aduaneras* (1. ed). San Marcos.
- Zagrebelsky, G., & Marcenò, V. (2018). *Justicia constitucional* (C. E. Moreno More, Trad.). Zela Grupo Editorial.
- Zegarra Valdivia, D., Delpiazzo, C. E., & Sanz Rubiales, I. (2012). *Aportes para un estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Ed.; Primera edición). Palestra Editores.

ANEXOS

ANEXO I. Encuesta - Juicio de expertos

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			Páginas 02
	Codificación CEN/ps - 001	Versión 00	Vigencia 2016	

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): LIPA PORTUGAL MARCOS ALBERTO
- 1.2. Grado Académico: MAESTRÍA
- 1.3. Profesión: ABOGADO
- 1.4. Institución donde labora: INDECOPI
- 1.5. Cargo que desempeña: SECRETARIO TÉCNICO
- 1.6. Denominación del instrumento:
.....Operacionalización de variables cualitativas.....
- 1.7. Autor del instrumento: Mag. Carlos Alberto Pajuelo Beltrán
- 1.8 Programa de posgrado: Doctorado en derecho.

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS	Muy Malo	Mal	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formalados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		30				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN vs - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: 30.

3.2. Opinión: FAVORABLE X DEBE MEJORAR _____

NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: _____

Tacna, 09 de noviembre de 2011



 Firma

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

1.1. Apellidos y nombres del Informante (Experto): Juan Carlos Valdivia Cano

1.2. Grado Académico: Doctor en Derecho (UNSA)

1.3. Profesión: abogado

1.4. Institución donde labora: UNSA Y UCSM

1.5. Cargo que desempeña: PROFESOR

1.6. Denominación del Instrumento:

Operacionalización de variables cualitativas

1.7. Autor del Instrumento: Mag. Carlos Alberto Rajuelo Beltrán

1.8. Programa de postgrado: Doctorado en derecho.

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles			X		
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL				3	8	15
SUMATORIA TOTAL				26		

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: _____

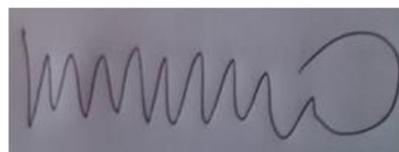
3.2. Opinión: FAVORABLE X DEBE MEJORAR _____

NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: Las conductas "medibles y observables" no se refieren a disciplinas prescriptivas y valorativas como el derecho sino a cierto tipo de ciencias, de disciplinas cognitivas

2

Tacna, 9 de noviembre del 2021



Firma

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante: Eric Nolberto José Moncayo Castillo.....
- 1.2. Grado Académico. Doctor (c) en Educación, Magister en Derecho, y Master en Comercio Internacional.....
- 1.3 Profesión: Abogado.....
- 1.4. Institución donde labora: Universidad de Tarapacá y Arturo Prat de Arica Chile.....
- 1.5. Cargo que desempeña. Profesor a Honorarios.....
- 1.6 Denominación del Instrumento: Operacionalización de variables cualitativas.....
- 1.7. Autor del instrumento: Mag. Carlos Alberto Pajuelo Beltrán.....
- 1.8 Programa de postgrado: Doctorado en derecho.....

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	M u y M a l o	Malo	Regu lar	Buen o	M u y B u e n o
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		30				

ANEXO II. Matriz de consistencia del informe final

Título: “Incumplimiento del principio constitucional de tipicidad por infracción administrativo aduanera de retiro de mercancía del punto de llegada, Tacna 2018”				
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿En qué medida las infracciones administrativo – aduaneras a los OCE y OI involucrados en el retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante, colisionan con el principio constitucional de tipicidad, afectando la Seguridad jurídica?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Si sería necesario dejar sin efecto las infracciones administrativo – aduaneras a los OCE y OI por el retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante, colisionan con el principio constitucional de tipicidad, afectando la Seguridad jurídica.</p>	<p>HIPÓTESIS PRINCIPAL</p> <p>Es necesario dejar sin efecto las infracciones administrativo – aduaneras de retiro de mercancías del punto de llegada sin autorización de levante, a los OCE y OI porque se incumpliría con el principio constitucional de tipicidad, afectando la Seguridad jurídica.</p>	<p>Variable independiente (HPx) Necesidad de dejar sin efecto infracciones administrativo – aduaneras por retiro de mercancías sin autorización de levante. Indicador: Calculabilidad de sanciones</p> <p>Variable dependiente de (HPy) Incumplimiento del principio constitucional de tipicidad. Indicador: Cognoscibilidad</p>	<p>Tipo de investigación: Aplicada</p> <p>Diseño de investigación: Análisis de datos</p> <p>Ámbito de estudio: Tacna</p> <p>Técnicas de recolección de información: Documental</p>
<p>PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO</p> <p>¿Cuál es la naturaleza jurídica de las sanciones aduaneras aplicables a los usuarios aduaneros por retirar mercancía desde el punto de llegada sin autorización de levante?</p>	<p>PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO</p> <p>Explicar si la naturaleza jurídica de las sanciones administrativo – aduaneras imputadas por retiro de mercancías sin autorización de levante en el punto de llegada esta correctamente aplicada.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICA UNO</p> <p>La naturaleza jurídica de las sanciones administrativo – aduaneras imputadas a los OCE y OI por el retiro de mercancías sin autorización de levante en el punto de llegada no está correctamente aplicada.</p>	<p>Variable dependiente de (HPz) Afectación de la seguridad jurídica Indicador: Confiabilidad</p> <p>Variable independiente de (HE1x) La naturaleza jurídica de las sanciones administrativo – aduaneras sobre punto de llegada Indicador. Cognoscibilidad</p>	<p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Fichas bibliográficas – Encuesta a expertos <p>Fuentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Bibliográficas. – Normas – Tratados
<p>SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO</p> <p>¿Sería necesario dejar sin efecto formal las sanciones administrativo – aduaneras, imputadas a los OCE y OI involucrados, por el retiro de mercancías sin autorización de levante en el punto de llegada a fin de no afectar la seguridad jurídica?</p>	<p>SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO</p> <p>Argumentar la necesidad jurídica de dejar si efecto la aplicación forma de las sanciones relativas al retiro de mercancías del punto d llegada sin autorización de levante imputadas a los OCE y OI involucrados, por vulnerar la seguridad jurídica.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICA DOS</p> <p>Es necesario argumentar la necesidad jurídica de dejar sin efecto las sanciones administrativo – aduaneras, imputadas a los OCE y OI involucrados, por retiro de mercancías sin autorización de levante en el punto de llegada al afectar la seguridad jurídica.</p>	<p>Variable dependiente de (HE1y) Aplicación incorrecta de las sanciones administrativo aduanera imputadas por retiro de mercancías sin autorización de levante en el Punto de llegada.</p> <p>Variable independiente de (HE2x) Necesidad de argumentar materialmente la necesidad jurídica de dejar sin efecto las sanciones administrativo-aduaneras, imputadas a los OCE y OI involucrados, por retiro de mercancías sin autorización de levante en el punto de llegada al afectarse la seguridad jurídica.</p>	

ANEXO III. Tabulación encuesta juicio de expertos.

EXPERTO	SITUACIÓN ACADÉMICA TÉCNICA	MATERIA DE EXPERTICIA	VARIABLE(s) CUALITATIVA(S) ANALIZADA(S)	ANÁLISIS	RESULTADO
Juan Carlos Valdivia Cano	Doctor en derecho (Docente UNSA – Arequipa)	Dogmática jurídica	(HPx) (HPy) (HE2x)	Integral y observa: Las conductas “medibles y observables” no se refieren a disciplinas prescriptivas y valorativas como el derecho sino a cierto tipo de ciencias de disciplinas cognitivas.	Óptimo, validados
Marco Alberto Lipa Portugal	Magister – Secretario Técnico INDECOPI	Derecho administrativo sancionador	(HE1x) (HE1y)	Integral (claridad, objetividad, consistencia, coherencia, pertinencia y suficiencia). Sin observaciones	Óptimo, validados
Eric Nolberto José Moncavo Castillo	Doctor en educación, Mg. en Derecho y Master en Comercio Internacional (Chile – EEUU)	Derecho de comercio internacional	(HE2y)	Integral (claridad, objetividad, consistencia, coherencia, pertinencia y suficiencia). Sin observaciones.	Óptimo, validado